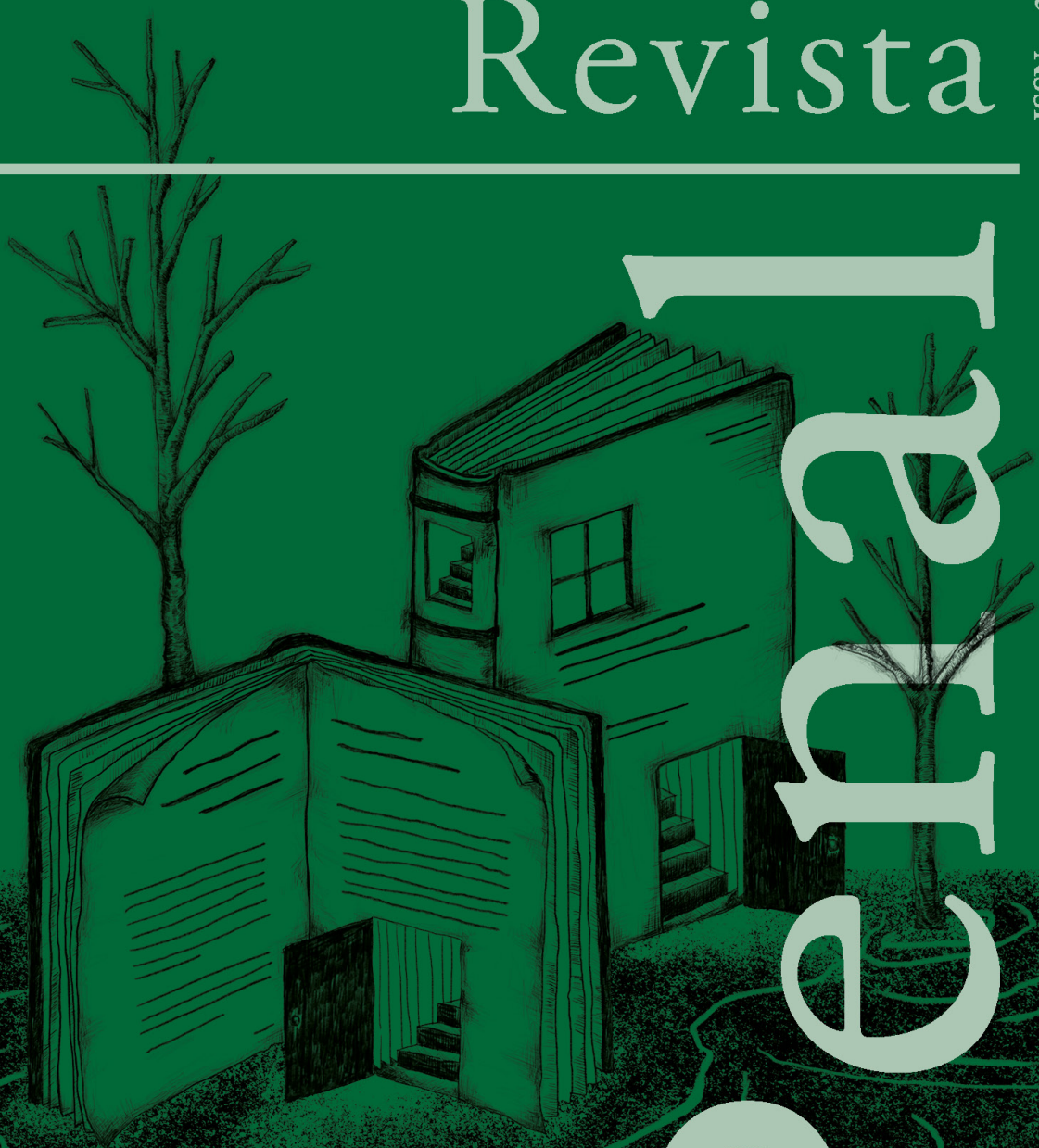


Revista

ISSN 2007-4700



letra

MÉXICO

Número 20  
enero - junio 2022



## Cuando la lengua se convierte en odio<sup>1</sup>



**Alfredo Abadías Selma**

*Profesor contratado doctor en Derecho penal UNIR.  
Grupo de investigación Penalcrim*

**RESUMEN:** Lamentablemente casi no hay día en el que aparezca una noticia relacionada con los delitos de odio en sus diferentes tipologías de manifestación que incluyen cualquier infracción penal, ya sean infracciones contra las personas o las propiedades, donde la víctima, el local o el objetivo de la infracción se elija por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo. En el caso de los grupos se requiere un fundamento que radique en una característica común de sus miembros, como su raza real o perceptiva, el origen nacional o étnico, el lenguaje, el color, la religión, el sexo, la edad, la discapacidad intelectual o física, la orientación sexual u otro factor similar.

En el presente artículo explicamos un caso muy peculiar de una denuncia por delito de odio a un ilusionista que en una actuación cambió del idioma catalán a la lengua española, porque según él lo hacía para dar más miedo. Un colectivo de una asociación se ha sentido discriminado y ha decidido interponer una querrela criminal contra el mago que estaba actuando en un programa de televisión de Cataluña ante una audiencia bilingüe en su inmensa mayoría.

Mediante el concepto penal de delito de odio, analizaremos su estructura con detalle tomando sustento de la más autorizada doctrina científica y jurisprudencia. A lo largo del artículo planteamos una serie de cuestiones con relación al caso que comentamos e intentamos dar respuesta mediante una serie de conclusiones.

**PALABRAS CLAVE:** delito de odio, discurso de odio, discriminación lingüística, idioma y odio.

**ABSTRACT:** Unfortunately, there isn't hardly ever a day when a news about hate crimes appears in their different types of manifestation that include any criminal offense, whether they are offenses against people or property, where the victim, the premises or the target of the offense is chosen by their, real or perceived, connection, sympathy, affiliation, support or belonging to a group. In the case of groups, a foundation is required that lies in a common characteristic of its members, such as their real or perceptual race, national or ethnic origin, language, color, religion, sex, age, intellectual or physical disability, sexual orientation or another similar factor.

<sup>1</sup> Contacto con el autor. [alfredo.abadias@unir.net](mailto:alfredo.abadias@unir.net) / [aabadiasselma@gmail.com](mailto:aabadiasselma@gmail.com). Trabajo realizado en el marco del proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (PGC2018-097607-B-I00), sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Unión y Derecho interno. IP 1 Dra. Carmen Sánchez Hernández. IP 2 Octavio García Pérez.

## Cuando la lengua se convierte en odio

*In this article we explain a very peculiar case of a hate crime complaint against an illusionist who changed from Catalan to Spanish language in a performance because, according to him, he did it to give more fear. A group of an association has felt discriminated against and has decided to file a criminal complaint against the magician who was performing in a Catalan television program before a vast majority of bilingual audiences.*

*Through the criminal concept of hating crime, we will analyze its structure in detail, based on the most authoritative scientific doctrine and jurisprudence. Throughout the article we raise some series of questions in relation to the case that we are commenting on and we try to answer through different series of conclusions.*

**KEYWORDS:** hate crime, hate speech, language discrimination, language, and hate.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Delimitación y concepto. 3. Conclusiones. 4. Referencias bibliográficas.

**Rec:** 20-09-2021 | **Fav:** 12-10-2021

*El odio es un sentimiento que sólo puede existir en ausencia de toda inteligencia.*

TENNESSEE WILLIAMS

### 1. Introducción

Era el tercer capítulo del programa *Au Pair* de TV3 en el que personajes famosos ejercen el rol de canguro por un día. Se trata de un contenido televisivo dirigido a las familias y niños que se emite en horario de *prime time* en la televisión autonómica catalana. Los elegidos en esta ocasión fueron la cantante Nina y el Mag Lary, un conocido ilusionista catalán que en solo unos segundos hizo estallar la polémica lingüística cuando al interpretar a un dinosaurio para bromear con una niña de las que cuidaba, dejó de dirigirse a ella en catalán y habló en castellano aclarándole: “Hablo en castellano porque así parezco más malo”. La asociación Hablamos Español<sup>2</sup> denunció los hechos ante la

Fiscalía de Barcelona al entender que “pueden ser constitutivos de un delito de odio”.

Los hechos se produjeron al inicio del programa, que se emitió el 17 de agosto, y fueron denunciados en diferentes redes cuando el citado mago, disfrazado de calamar gigante para asustar a la niña, se acerca a ella mientras pronuncia la frase: “Soy el calamar gigante, vengo a comerme a la princesa”. Acaba la sentencia y hace un pequeño inciso a continuación: “Hablo en castellano, que así parezco más malo” (ABC, 2021). Vemos de entrada que algunos medios de comunicación difieren en si el mago interpretaba a un dinosaurio o a un calamar gigante, pero este extremo consideramos que no es relevante, amén del rigor periodístico que puedan tener los diferentes medios de comunicación.

Proponemos una política lingüística homologable a las de los países con varias lenguas oficiales, es decir, basada en la libre elección de lengua; una política que tenga como eje los derechos de las personas, y que estas no se pongan al servicio de la conservación de las lenguas.

Nuestros principios son: elección de lengua vehicular en la enseñanza, bilingüismo en la administración, no primar el uso de una lengua a la competencia profesional, apertura de la cultura a los creadores en ambas lenguas, y que los topónimos prohibidos en español vuelvan a ser oficiales”.

<sup>2</sup> Vid. Hablamos español. Disponible en: <https://hispanohablantes.es/quienes-somos/>. Fecha de última consulta: 30 de agosto de 2021. “Hablamos Español es una asociación apartidista sin ánimo de lucro, que hemos creado personas de diferentes lugares de España para defender los derechos lingüísticos de los hispanohablantes.

La asociación, que preside Gloria Lago argumentó, amparándose en el artículo 510 del Código Penal (CP) indicando lo siguiente:

... el discurso del odio no está protegido por la libertad de expresión ideológica,<sup>3</sup> pues esta no puede ofrecer cobijo a la exteriorización de expresiones injuriosas que encierran un injustificable desprecio hacia colectivos de personas con una determinada característica, ya sea racial, sexual, religiosa, lingüística o ideológica”. (ABC, 2021)

Podemos observar de estos hechos que una vez más la diversidad lingüística en España en lugar de enriquecer y ser puente para aunar pueblos y culturas se ha convertido en un elemento de confrontación que llega incluso a judicializarse.

## 2. Delimitación y concepto

Preceptúa el artículo 510.1 del CP la pena base de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a 12 meses para tres clases de conductas dirigidas contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad. Esos comportamientos punibles son:

- a. Públicamente fomentar, promover o incitar directa o indirectamente al *odio*, hostilidad, discriminación o violencia.
- b. La producción, elaboración, posesión con finalidad de distribución, facilitación a terceras personas del acceso, distribución, difusión o venta de escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra aquellos grupos o personas y por los motivos indicados.

<sup>3</sup> El TEDH viene considerando que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado discurso del odio (ver, en tal sentido, las SSTEDH de 8 de julio de 1999, Ergogdu e Ince contra Turquía; de 4 de diciembre de 2003, Gündüz contra Turquía; y de 6 de julio de 2006, Erbakan contra Turquía).

- c. “Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo” o persona perteneciente al mismo y por los motivos mencionados, pero siempre y cuando de este modo “se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos”.

El apartado 2 asigna las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a 12 meses para:

- a. La lesión de la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos objeto de protección y referidos en el apartado anterior; y los actos de producción o distribución de material idóneo por su contenido para lesionar la dignidad de las personas.
- b. El enaltecimiento o justificación por cualquier medio de expresión o de difusión de los delitos cometidos contra los grupos o personas y por los motivos discriminatorios definidos; se imponen las penas del apartado 1 cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos.<sup>4</sup>

Los apartados 3 y 4 del artículo 510 incluyen agravaciones de las penas (en principio: mitad superior) si

<sup>4</sup> Concordancias: artículo 1.1 de la Constitución española (CE) que protege la igualdad como valor superior; también así el art. 14 CE, los derechos de los extranjeros del artículo 13 de nuestra carta magna, y en especial hay que hacer referencia al artículo 20 que protege la libertad de expresión e información y los artículos 53 y 54 sobre garantías de los derechos fundamentales. En cuanto al Código Penal tenemos concordancias con el artículo 18 que castiga la provocación a delinquir, el agravante de discriminación del artículo 22.4 CP, también el artículo 174 que castiga la tortura y los artículos 208 a 210 sobre las injurias.

Hay concordancia también con los delitos contra los trabajadores del artículo 304 del Código Penal y con el 512 del mismo cuerpo legislativo, que consiste en denegar una prestación profesional de modo discriminatorio. También hay concordancia con el artículo 515.5 del Código Penal, que castiga a las asociaciones que promueven la discriminación. Concuera también con el artículo 607 del Código Penal, que castiga el genocidio, y el 611.6 en relación con la segregación racial en un conflicto armado. También hay que mencionar la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social reformada por la Ley Orgánica 2/2009 de 11 de diciembre. Concuera también con la Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Seguridad de Sanidad.

### Cuando la lengua se convierte en odio

los hechos se realizan con determinada publicidad (a través de un medio de comunicación social —el caso del Mago Lari<sup>5</sup> se produjo en hora de *prime time* por medio de Internet o usando tecnologías de la información, de manera que sean accesibles a un elevado número de personas—) o si son idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo. El apartado 5 prevé la inhabilitación especial educativa o docente; y el apartado 6 implementa una cláusula de disminución judicial de las consecuencias del ilícito penal: el borrado o inutilización judiciales de los libros, documentos o soportes objeto del delito, o la retirada de contenidos si se cometió gracias a las tecnologías de la información, o el bloqueo del acceso al portal de Internet.

El régimen de la responsabilidad de las personas jurídicas se contiene en el artículo 510 bis del Código Penal. El art. 510 bis CP dispone que:

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los dos artículos anteriores, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

En este caso será igualmente aplicable lo dispuesto en el número 3 del artículo 510 del Código Penal.<sup>6</sup>

Se trata de una previsión normativa que se corresponde con lo indicado en los artículos 5 y 6 DM 2008/913/JAI, tanto en lo relativo a la propia responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 5) como a las sanciones que les puedan ser impuestas (art. 6).

Entendemos que nada tiene de positivo el entrar en diatribas, sobre todo políticas, que lo único que hacen

es distanciar y provocar enfrentamientos estériles alejados de lo que es la racionalidad y el sentido común. Situaciones como la que relatamos merecen ser analizadas sin apasionamientos y con el debido sosiego para valorar si realmente podemos estar o no ante una comisión delictiva del artículo 510 del Código Penal español.

En cuanto al concepto de *delito de odio*, podemos decir que son aquellos delitos que castigan las conductas que pueden vulnerar algunos de los más relevantes derechos que la Constitución garantiza a todo individuo, como el derecho a la igualdad del artículo 14 CE, y el derecho de reunión del artículo 21 CE.

Según Boeckmann y Turpin-Petrosino, la definición de *delitos de odio* (*hate crime*) que usan distintos Estados que recogen esta figura en sus legislaciones coincide en identificar estos como actos criminales que se cometen basándose en un prejuicio, es decir, comprenden dos elementos básicos: uno, que el acto constituya una infracción penal; dos, que sea producto de un prejuicio del autor hacia la víctima por pertenecer a un colectivo vulnerable al odio. Es decir, la víctima (o el objetivo) se elige intencionadamente por el autor por su pertenencia (real o presunta) a un colectivo que consideramos desde este punto de vista especialmente protegido.<sup>7</sup>

Hay que matizar que *discurso de odio* y *delitos de odio* no son siempre conceptos equivalentes. De hecho, ciertos discursos de odio pueden ser reprochables desde una perspectiva extrapenal, pero no dar lugar a un delito de odio, como indica la Oficina para las Instituciones Democráticas y los Derechos Humanos (ODIHR) de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OCSE), “las palabras ‘delitos de odio’ y ‘motivación de odio’ pueden inducir a error si las entendemos de forma literal”.

De forma muy acertada, Alcácer Guirao (2010) asevera que:

... el “discurso de odio” es un término cargado emocionalmente y utilizado, en muchas ocasiones, con una finalidad persuasiva, configurándose su ámbito de significado en función de las valoraciones e intenciones del hablante de censurar una determinada clase de discurso y de excluirlo, de ese modo, de lo que se considera social o jurídicamente lícito. (pp. 5 y ss.)

<sup>5</sup> Vid. Josep Maria Lari Vilaplana (Barcelona, 1973), más conocido por su nombre artístico, Mag Lari, es un ilusionista español. <https://maglari.com/>.

<sup>6</sup> En este punto es necesario remitirse a los criterios expuestos en la Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, así como en las diversas sentencias del TS que han ido conformando los parámetros generales para la aplicación de esta novedosa forma de responsabilidad penal. En tal sentido pueden citarse las ssts n.º 154/2016, de 29 de febrero; 221/2016, de 16 marzo; 516/16, de 13 de junio; 252/17, de 6 de abril; 583/17, de 19 de julio; 668/2017, de 11 de octubre; 737/2018, de 5 de febrero de 2019; y 742/2018, de 7 de febrero de 2019.

<sup>7</sup> Cfr. Boeckmann, R. J. y Turpin-Petrosino, C. “Understanding the Harm of Hate Crime”, *Journal of Social Issues*, 2002.

Y claro está que la carga emocional, si bien es algo humanamente normal, perjudica a lo que debe constituir un análisis jurídico.

Se considera que existe discurso de odio también cuando cabe esperar, razonablemente, que como efecto del uso de ese discurso en particular se cometan esos actos delictivos. Se considerará una imprudencia cuando quepa esperar razonablemente que se produzca este efecto. Según se indica en el texto, esta interpretación es coherente con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en aquellos supuestos en los que se han impuesto sanciones penales para las expresiones utilizadas cuando se sabía que podían exacerbar una situación ya explosiva.<sup>8</sup>

Landa Gorostiza (2012) advierte que el entendimiento del discurso es una labor que se ha de realizar a través de casos que se irán resolviendo, es decir, de la praxis, que nos demostrará una serie de patrones similares.

Siguiendo a Gómez Rivero (2021), el concepto de odio es indeterminado, entendido como la generación de un estado de antipatía y aversión que tiene móviles discriminatorios con el riesgo de que su interpretación pueda suponer una restricción de la libertad ideológica y de expresión.

El Tribunal Constitucional de nuestro país en sentencia de 7 de noviembre de 2007 declaró que era constitucional el castigo de la justificación pública del genocidio cuando con ella se busque una *provocación al odio que represente un peligro cierto* de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación. Ello puede verse en el fundamento jurídico número 9:

Para ello será necesario que la *difusión pública de las ideas justificadoras* entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes de especial trascendencia que hayan de protegerse penalmente. Así sucede, en primer lugar, cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de *incitación indirecta a su perpetración*. Sucederá también, en segundo lugar, cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de *provocación al odio hacia determinados grupos definidos* mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o

étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación.

Cámara Arroyo (2017) ya afirmaba que los delitos de odio no existían como tal con esta nomenclatura entre los penalistas, si bien ello no significaba que no existieran crímenes fundamentados en la intolerancia y la marginación de colectivos muy concretos. Se hablaba entonces de delitos culturalmente condicionados (Vázquez González, 2010) delitos de tendencia, etcétera.

Por su parte, Fuentes Osorio (2017) desarrolla el concepto de *odio* en su dimensión lingüística atendiendo a tres elementos relevantes: un sentimiento aversivo del autor sobre un sujeto (o sujetos), el deseo de que sufra un daño, una indeterminación: del motivo de la aversión, del daño y su alcance, del sujeto afectado.

Según apunta Tamarit Sumalla (2016), los tipos penales recogidos en el artículo 510 CP forman parte de los delitos de odio, que son una opción del legislador para *adelantar la protección ante agravios* con una intervención penal. En este mismo sentido, Gómez Rivero (2021) apunta sobre este adelantamiento de la protección penal que existen problemas de indeterminación de las barreras de punición que se manifiestan también en las conductas que son objeto de la incitación, como la discriminación, el odio, la hostilidad y la violencia. Actualmente el concepto de delito de odio no es cuestión pacífica entre la doctrina.

Estos delitos de odio consisten en la realización que materializa una conducta que expresa odio o discriminación hacia un grupo social. En esta tipología de delitos hay una característica diferencial, que es que *las víctimas son de un grupo determinado procedente de una adscripción social buscada ex professo*. ¿El Mago Lari se estaba dirigiendo a un grupo social en concreto de forma deliberada?

Como ha expresado el TEDH, “el odio no requiere un determinado acto de violencia o acto criminal”, pudiendo cometerse a través del lenguaje. Así, ya advierte la STS 846/2015, de 30 de diciembre, cómo en todos los delitos de expresión “subyace un conflicto entre el interés protegido por la norma penal y las libertades de expresión y, en su caso, ideológica: es un problema de equilibrios y ponderación que no admite respuestas simplistas”.

<sup>8</sup> Vid. Zana v. Turquía N.º 18954/91, 25 de noviembre de 1997 y Sürek v. Turquía N.º 26682/95, 8 de julio de 1999.

### Cuando la lengua se convierte en odio

Como expone el memorándum explicativo de la ECRI, *General Policy Recommendation N.º 15 on combating hate speech*,<sup>9</sup> el discurso de odio:

... tiene que ver con distintas formas de expresión dirigidas contra una persona o grupo de personas *por motivo de sus características personales o estado, de la persona o grupo de personas*, y la acción contra ello no implica necesariamente la imposición de sanciones penales.

El discurso de odio está dirigido a la destrucción de los derechos y libertades establecidos en la Convención o a su limitación en mayor medida que la prevista en la misma (Quesada Alcalá, 2015), y esta definición ha sido adoptada tanto por el TEDH como por nuestros tribunales nacionales. Se trata, además, de un concepto autónomo, ya que no se encuentra vinculado por la clasificación al respecto que realizan los tribunales internos.

Siguiendo a Gómez Rivero (2021), la conducta a castigar consiste en fomentar, promover, incitar directa e indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia, siempre que sea con publicidad. Así pues, se trata de una conducta que está a medio camino entre la discriminación efectiva y los actos previos a la incitación, como podría ser la elaboración o la posesión de material que sea idóneo para la misma y que entrarían en la esfera del apartado B de este tipo penal.

Estamos con Rey Martínez (2015) cuando afirma que “es un error que se interprete el concepto de discurso de odio a partir del concepto de delitos de odio”.

Señala la STS 4/2017 de 18 de enero que:

... no todo mensaje inaceptable o que ocasiona el normal rechazo de la inmensa mayoría de la ciudadanía ha de ser tratado como delictivo por el hecho de no hallar cobertura bajo la libertad de expresión. Entre el odio que incita a la comisión de delitos, *el odio que siembra la semilla del enfrentamiento y que erosiona los valores esenciales de la convivencia* y el odio que se identifica

con la animadversión o el resentimiento, existen matices que no pueden ser orillados por el juez penal con el argumento de que todo lo que no acoge la libertad de expresión resulta intolerable y, por ello, necesariamente delictivo.

Una definición más definida la encontramos en la Recomendación 97(20) sobre el discurso del odio del Comité de Ministros del Consejo de Europa, en la que se define el *hate speech* como:

... todas las formas de expresión que difundan, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluyendo la intolerancia expresada por el nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los migrantes y las personas de origen inmigrante.

Tomando como base las palabras del Consejo de Europa, podríamos definir la intolerancia como “el rechazo a las personas que no comparten nuestras condiciones personales”.<sup>10</sup>

Del mismo modo que la recomendación de la ECRI, el Plan de Acción también introduce algunos criterios de inferencia (a los que denomina literalmente *prueba*) para diferenciar el delito de odio del discurso de intolerancia no punible, con el tenor literal siguiente: “el contexto, el orador, la intención del orador, el contenido y forma del discurso, el alcance y la magnitud de la expresión, y la posibilidad de que se produzca un daño así como su inminencia”.

No podemos olvidar aquí cuál era el contexto en el que se desarrollaron los hechos protagonizados por el Mago Lari. El debate ha de llevarse a cabo en concreto —examen del caso— y no en abstracto —discusión a nivel de principios—: comprobar si se han respetado las limitaciones marcadas por el Código Penal, limitaciones que según el tenor literal de nuestra Constitución y de los textos internacionales existen y que reconocen —no podía ser de otra forma— tanto tribunales nacionales como internacionales (entre muchas otras, STEDH de 20 de octubre de 2015, asunto M Bala M Bala c/ Francia: condena a

<sup>9</sup> El Tribunal Constitucional —STC 235/2007, de 7 de noviembre—, califica como el *discurso del odio (hate speech)*, es decir, la alabanza o justificación de acciones terroristas, que no puede ampararse dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de expresión o ideológica en la medida en la que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los derechos humanos de aquella comunidad que lo sufre.

<sup>10</sup> Definición tomada de la Web oficial del Consejo de Europa, disponible en: <https://www.coe.int/es/web/compass/council-of-europe> (Fecha de última consulta: 19 de septiembre de 2021).

raíz de un espectáculo público donde se humillaba a las víctimas del holocausto judío).

La Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE)<sup>11</sup> en su Decisión n.º 4/03, conceptualiza los delitos de odio como:

... toda infracción penal, incluidas las cometidas contra las personas o la propiedad, donde el bien jurídico protegido, se elige por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo. Este grupo se basa en una característica común de sus miembros, como su “raza”, real o percibida, el origen nacional o étnico, el lenguaje, el color, la religión, la edad, la discapacidad, la orientación sexual, u otro factor similar.

La posibilidad que pueda existir en la incitación de forma indirecta ruptura según la doctrina con una garantía constitucional: se trata del llamado *test* de Brandenburg V. Ohio de 1969. Aquí el Tribunal Supremo norteamericano llegó a afirmar que el Estado solo puede prohibir el apoyo moral a la comisión de delitos cuando el mismo: primero, se dirija a incitar directamente la comisión de conductas ilícitas, y, segundo, sea idóneo para incitar a tales acciones. Esto tuvo una repercusión directa en el TEDH, que interpretó el artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el sentido de indicar que, para que sea legítima una injerencia de este tipo en la libertad de expresión,<sup>12</sup> debemos encontrarnos ante una conducta que incite a la comisión de delitos de manera tal que aumente de forma real el riesgo de la comisión.

No podemos olvidar que la jurisprudencia del TEDH ha reconocido que la libertad de expresión debe amparar no solo las ideas recibidas favorablemente o

consideradas inofensivas o indiferentes, sino también las que hieren, chocan o inquietan.<sup>13</sup> Nuestra doctrina constitucional ha mantenido un criterio similar: el que una expresión sea ofensiva no resulta ser razón suficiente para prohibir determinadas expresiones.<sup>14</sup>

Evidentemente que nos encontramos en una esfera de indeterminación y adelantamiento de la protección penal que quizás no respeta el principio de *última ratio* y de intervención mínima.

En el caso del Mago Lari que aquí nos ocupa, entendemos que se cuestiona que podrían entrar en colisión el derecho a la *libertad de expresión* del artista *ex art.* 20.1 de la Constitución Española:<sup>15</sup> “1. Se re-

<sup>13</sup> STEDH de 23 de septiembre de 1988 (Lediheux), STEDH de 23 de abril de 1992 (Cas tells), STEDH de 24 de febrero de 1997 (Haes y Gijssels), de 8 de julio de 1999 (Sürek Baskaya y Okçuoglu) y 29 de septiembre de 1999 (Oztürk).

<sup>14</sup> STC 174/2006, de 5 de junio. Más concretamente, la STC 235/2007, de 7 de noviembre, expone: “la libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarian, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población”. En esta misma línea la STC 177/2015 continúa exponiendo que este carácter institucional determina que la jurisprudencia constitucional haya establecido que la libertad de expresión comprende la libertad de crítica “aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática”; y que la libertad de expresión vale no solo para la difusión de ideas u opiniones “acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarian, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población”, ya que en nuestro sistema “no tiene cabida un modelo de ‘democracia militante’, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución [...] El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas” [FJ 2 b)].

<sup>15</sup> En concordancia con el artículo 10 CEDH Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

<sup>11</sup> La Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) es el mayor organismo regional de seguridad. Fue creado con el objetivo de prevenir, gestionar y remediar los conflictos en Europa y su entorno. La OSCE tiene su origen en la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (CSCE), celebrada en Helsinki en 1975.

<sup>12</sup> El TEDH, desde la sentencia Handyside contra Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976, reitera que “la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada uno (SSTEDH Castells contra España, de 23 de abril de 1992 [parágrafo 42], y Fuentes Bobo contra España, de 29 de febrero de 2000 [parágrafo 43])”. En parecidos términos se ha expresado posteriormente, con cita de las anteriores, la STC 112/2016, de 20 de junio, pudiendo verse los antecedentes de nuestra jurisprudencia constitucional ya en la STC n.º 291/1991, de 13 de diciembre (caso León Degrelle/Violeta Friedman) y 176/1995, de 11 de diciembre (Caso Makoki).



### Cuando la lengua se convierte en odio

conocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”, y por otra parte vemos que la asociación denunciante habla de “... la exteriorización de expresiones injuriosas que encierran un injustificable *desprecio hacia colectivos de personas...*”. Es decir, la asociación se muestra como víctima de injurias *ex art.* 208 del CP, que no podemos olvidar que se encuentra ubicado en el Título XI (Delitos contra el honor). Además, la susodicha asociación afirma que hay un desprecio hacia un colectivo de personas, que cabe entender que son todos los hispanohablantes.

El artículo 20.1 de la Constitución española, como derecho fundamental que es, tiene una protección reforzada que se concreta en:

1. Cualquier ciudadano puede recabar la tutela de los derechos recogidos en el artículo 20 de la Constitución española, ante los Tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad (art. 53.2 de la Constitución Española).
2. Cualquier ciudadano puede acudir, tras el cumplimiento de los requisitos y tramitaciones establecidas para ello, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional para la protección de los derechos recogidos en el artículo 20 de la Constitución (art. 53.2 y art. 161.1.b de la Constitución Española).
3. Cabe el recurso de inconstitucionalidad contra las Leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley que vulneren los derechos recogidos en el artículo 20 de la Constitución Española (artículo 53.1 y artículo 161.1.a) de la Constitución Española).
4. El Defensor del Pueblo se encuentra designado, en virtud de lo establecido en el artículo 54 de la Constitución española, como alto comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos recogidos en el Título I de la Constitución, encuadrándose el artículo 20 de la Constitución dentro del mencionado Título I.
5. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar el contenido esencial de los derechos recogidos en el artículo 20 de la Constitución Española, podrá regularse el ejercicio de estos derechos (art. 53.1 de la Constitución Española).
6. El desarrollo normativo de los derechos recogidos en el artículo 20 de la Constitución Española, debe realizarse mediante Ley Orgánica (art. 81.1 de la Constitución Española), que requiere un especial consenso parlamentario al exigirse, para su aprobación, modificación o derogación, mayoría absoluta del Congreso (art. 81.2 de la Constitución Española).
7. Se prohíbe la adopción de Decretos-Leyes que afecten a los derechos recogidos en el artículo 20 de la Constitución Española (al igual que a cualquier otro derecho, deber o libertad recogida en el Título I de la Constitución), aun en los supuestos de extraordinaria y urgente necesidad en los que, para la regulación de otras materias, sí resulta procedente recurrir a los Decretos-leyes (art. 86.1 de la Constitución Española).
8. El artículo 20 de la Constitución Española (al igual que ocurre con los demás preceptos del Capítulo II del Título I de la Constitución) vincula directamente a las Administraciones Públicas (sin necesidad de mediación del legislador ordinario ni de desarrollo normativo alguno), tal y como se desprende de la STC 80/1982.
9. Cualquier modificación de la regulación que establece la Constitución Española para los derechos recogidos en su artículo 20 debería canalizarse a través de la vía de reforma constitucional gravada que establece el artículo 168 de la Constitución Española y que requiere de un gran consenso social ya que exige la aprobación de la correspondiente propuesta por mayoría de dos tercios de cada cámara parlamentaria (Congreso de los Diputados y Senado), la posterior disolución de las Cortes Generales, la posterior celebración de Elecciones generales, la nueva ratificación de la propuesta de modificación por mayoría de dos tercios de las cámaras parlamentarias formadas tras las correspondientes elecciones y, por último, la ratificación de la propuesta de modificación mediante referéndum.

Como muy bien indica Gómez Sánchez (2018), existe una importancia fundamental de la libertad de expresión en relación a la configuración y el desarrollo de una sociedad democrática. En muchas de estas sociedades en las cuales la libertad de expresión ocu-

pa un lugar muy relevante en el elenco de los derechos fundamentales —relevancia que, por otro lado, ha sido destacada tanto por las jurisdicciones constitucionales como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos—,<sup>16</sup> se ha señalado que es imprescindible en orden a permitir una opinión pública libre como elemento capital de un sistema democrático.

El marco normativo europeo viene diseñado fundamentalmente por la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y la xenofobia mediante el derecho penal. Esta norma obliga a los Estados a definir como infracciones penales determinados actos, tales como:

a) la *incitación pública a la violencia o al odio contra un grupo de personas o contra un miembro de dicho grupo*, definido en relación con la raza, el color, la religión o creencia, la ascendencia o el origen nacional o étnico.

Hay un amplio acervo de normativa internacional que sanciona la *discriminación* por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición social, pues constituye uno de los derechos fundamentales de la persona. Sobre la discriminación, Gómez Rivero (2021) postula que el castigo de la incitación a la misma es más amplio que el de la real discriminación, en tanto que no todas las conductas de discriminación son objeto de castigo, pues puede resultar que se puede sancionar la provocación a una discriminación que no se castigaría penalmente si llegara a concretarse.

Así, en relación al artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948:

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, *no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.*

Asimismo, el artículo 7 del mismo instrumento legal señala que:

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. *Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación* que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

El artículo 2.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 reza:

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Por su parte, el artículo 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 indica en relación a la *prohibición de discriminación* que:

El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

El artículo 10 de la Constitución española, en relación a la normativa anteriormente indicada, preceptúa que:

La *dignidad* de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

Las normas relativas a los derechos fundamentales y

<sup>16</sup> Entre otros, casos Handyside, de 7 de dic. de 1976; Sunday Times, de 26 de abril de 1979, y Castells.

### Cuando la lengua se convierte en odio

a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Y el fundamental artículo 14 de nuestra carta magna reza de la siguiente forma:

Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.<sup>17</sup>

Asimismo, es necesario el cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de noviembre de 2007, que declaró inconstitucional la tipificación penal de la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen el

<sup>17</sup> Como muy bien indican Gálvez Muñoz (2003) y Sieira Mucientes (2011) “El principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación es una vieja aspiración del ser humano que fue recogida con entusiasmo por el movimiento constitucional del siglo XVIII que marcó el fin del Antiguo Régimen. Se convirtió en una de las principales reivindicaciones de los revolucionarios liberales, especialmente de los franceses, hasta el punto de que su proclamación forma parte de la divisa del Estado surgido de la Revolución Francesa (‘Libertad, igualdad, fraternidad’).”

España, inserta desde muy pronto en este movimiento jurídico-político, permaneció en él de forma discontinua, dándose lugar a en etapas más o menos largas de poder personal, y por tanto no plasmó, sin embargo, de forma expresa este ideal en sus Constituciones hasta bien entrado el siglo XX. Lo hizo con la Constitución republicana de 1931, que en su artículo 2 proclamaba la igualdad ante la ley de todos los españoles, mientras que el artículo 25 recogía la prohibición de discriminación por determinadas circunstancias (naturaleza, filiación, sexo, clase social, riqueza, ideas políticas y creencias religiosas).

En las Constituciones vigentes anteriores solo se observan concreciones aisladas de esta genérica aspiración. Así, casi todas las Constituciones españolas del siglo XIX recogen la declaración de que todos los españoles pueden acceder a los empleos y cargos públicos según su mérito y capacidad (artículo 5 de la Constitución de 1837, artículo 5 de la Constitución de 1845, artículo 27 de la Constitución de 1869 y artículo 15 de la Constitución de 1876; también lo hace, en el siglo XX, el artículo 40 de la Constitución republicana). Asimismo, hay que tener en cuenta que en la formulación de muchos derechos que hacen las Constituciones se emplean fórmulas genéricas con las que se pretende asegurar el goce de los mismos al conjunto de los ciudadanos (‘todos los españoles...’, ‘los españoles...’, ‘todo español...’, ‘ningún español podrá ser...’, ‘toda persona...’, ‘nadie podrá ser...’, etc.).

El artículo 14 de la Constitución de 1978, sin otro antecedente en el constitucionalismo español que el ofrecen los artículos 2 y 25 de la Constitución de 1931, es, sin embargo, un precepto muy frecuente en el ámbito del Derecho Constitucional Comparado, tanto histórico como actual. Los referentes más claros son la Constitución francesa de 1958 (artículo 2.1º), la Constitución italiana de 1947 (artículo 3) y la Constitución alemana de 1949 (artículo 3).”

genocidio, porque quedaban comprendidas en el derecho fundamental a la libertad de expresión.

El crucial derecho constitucional a la libertad de expresión<sup>18</sup> contenido en el artículo 20.1 de la Constitución Española ha sido definido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por nuestro Tribunal Constitucional como uno de los pilares fundamentales en los que se asienta nuestra democracia en tanto que sociedad plural y libre que es.

Al respecto, Suárez-Mira Rodríguez (2020) señala de forma muy acertada que:

Nada impide una diferencia de trato si ésta se basa en una apreciación objetiva de circunstancias de hecho esencialmente diferentes, pero esa diferencia de trato es discriminatoria si no está justificada imparcial y razonablemente, o sea, si no pretende una finalidad legítima o si falta proporción entre los medios utilizados y aquélla.

Aunque sea posible aceptar la idea de que la prevención penal no es el instrumento más importante para acabar con el auge de la discriminación, vale el propósito del legislador de procurar avanzar en el camino de la igualdad real y efectiva, tratando de cumplir la tarea que, en este sentido, impone la Constitución a los poderes públicos; la incorporación al catálogo delictivo ejerce un valor simbólico y refleja claramente los valores que la sociedad democrática estima dignos de defensa. (p. 788)

De forma muy gráfica, Cámara Arroyo (2017) indica que:

Sin querer restar en ningún momento importancia a esta clase de crímenes basados en la intolerancia y la discriminación, es preciso llamar la atención acerca de lo novedoso que aparece el *deslumbrante y pomposo término de “crímenes o delitos de odio”* para anunciar una realidad que ha existido desde el principio de los tiempos: *procesos de discriminación a determinados sujetos o colectivos sociales*<sup>19</sup> por razones ideológicas, sexuales, étnicas, religiosas, etc. (p. 144)

<sup>18</sup> Como en todos los delitos de expresión subyace un conflicto entre el interés protegido por la norma penal y las libertades de expresión y, en su caso, ideológica: es un problema de equilibrios y ponderación que no admite respuestas simplistas (sts 846/2015, de 30 de diciembre).

<sup>19</sup> La negrita es mía.

Recogemos esta cita para aquilatar el concepto de delito de odio en el contexto en el que se produjo el hecho denunciado protagonizado por el Mago Lari, que fue cambiar de idioma para supuestamente “dar más miedo” a los niños mientras estaba jugando literalmente con ellos. Hay que decir que el Mago Lari avisa de que va a cambiar de idioma, pero del catalán a la lengua española ante una audiencia que es bilingüe. ¿Se está discriminando a un grupo de ciudadanos en concreto tal y como afirma la asociación denunciante?

Se impone aquí en primer lugar indicar cuál es el bien jurídico protegido, pues la sección 1ª, artículos 510 a 521 bis CP, regula los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los *derechos fundamentales y de las libertades públicas* garantizados por la Constitución.

Un sector doctrinal en España ha criticado sin ambages los excesos de la vía punitiva emprendida por la reforma penal de 2015. En este sentido, Portilla Contreras (2015) sostiene que estos delitos simbolizan el desprecio por la libertad de expresión, creencia e ideología. Por su parte, Serrano Gómez y Serrano Maíllo (2019) postulan que hay una cierta inseguridad jurídica porque en cuanto al bien jurídico a proteger cuando se hace referencia, por ejemplo, a *situación familiar*, se entiende que el legislador ha tenido en cuenta el principio de igualdad establecido en el artículo 14 de la Constitución española. Gómez Rivero (2021) señala que en este tipo de delitos el bien jurídico protegido es que se preserve el derecho a la igualdad de trato sin que se tenga en cuenta la pertenencia a grupos sociales no dominantes y que además sean más vulnerables. Se busca proteger en realidad a minorías que pueden ser víctimas de un trato discriminatorio e incluso que se lesione su derecho a la dignidad. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo Sala segunda de 17 de diciembre de 1991 señala de forma contundente que:

*La dignidad como rango o categoría de la persona como tal, del que deriva y en el que se proyecta el derecho al honor del artículo 18.1 de la constitución española, no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias. El odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que solo se cumple si se atribuye por*

igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos. Por lo mismo el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cuál es quiera que sean.

Según la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2021 (FGE, 2021: 1082) los bienes jurídicos protegidos son la igualdad *ex art.* 1 CE, el derecho a la no discriminación *ex art.* 14 CE, y la dignidad de las personas, *ex art.* 10 CE. En el mismo documento se explicita que en memorias precedentes, como la de 2019 se plantearon reformas legislativas que incluían en el *agravante* 22. 4ª CP *el idioma y lenguas oficiales*.

Laurenzo Copello (1996) entiende que la discriminación implica un trato peyorativo que niega la igualdad entre todos los seres humanos (dimensión personalista) lo que, a su vez, ataca al modelo de convivencia diseñado por la Constitución, y amenaza los valores de pluralismo, tolerancia y respeto de las diferencias, que están en la base de nuestro Estado social y democrático de derecho.

Landa Gorostiza (2012) y Gómez Martín (2018) también entienden que estamos ante un *delito pluriofensivo que tutela un bien jurídico mixto individual-colectivo*, identificado como la protección del principio de igualdad y de las minorías especialmente vulnerables.

Una primera lectura interpretativa de la *ratio* del precepto apunta hacia la promoción del correcto ejercicio de derechos fundamentales relevantes en cualquier sociedad democrática como las libertades de expresión y opinión (art. 20 CE), reunión y manifestación (art. 21 CE) y asociación (art. 22 CE). Sin embargo, desde la perspectiva del sujeto pasivo del delito, el eje sobre el que pivota el precepto es, como hemos indicado *ut supra*, la prohibición de la discriminación como derecho autónomo derivado del derecho a la igualdad, reconocido en el artículo 14 CE. La igualdad y la no discriminación se configuran como el presupuesto para el disfrute y ejercicio del resto de derechos fundamentales, como muestra su ubicación sistemática en el pódico del Capítulo II (“De los derechos y libertades”), dentro del Título Primero de nuestra carta magna, dedicado a los “Derechos y Deberes Fundamentales”.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Cfr. Fiscalía General del Estado, *Circular 7/2019, de 14 de*

### Cuando la lengua se convierte en odio

Es importante resaltar aquí que la consideración de la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), es decir, como pilar sobre el que se asienta toda la estructura de garantías, no es exclusiva de nuestro texto constitucional.

Cabe aquí preguntarse si en el caso que nos ocupa hay una lesión a la dignidad, y por ende al honor de la audiencia del programa *Au pair*, que al ser de la televisión pública catalana (TV3), lo más normal es que lo vean y escuchen personas bilingües.

Como ha expresado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH),<sup>21</sup> “el odio no requiere un determinado acto de violencia o acto criminal”, pudiendo cometerse a través del lenguaje. ¿Fue el caso del Mago Lari?

En relación a la tipicidad subjetiva es preciso que exista un móvil de discriminación y de un *animus* provocativo (Tamarit Sumalla: 2016, 1982). ¿El mago al cambiar de idioma buscaba de forma premeditada y maliciosa discriminar a todo un colectivo de hispanoparlantes? Pensemos que en Cataluña los niños entienden y se desenvuelven perfectamente en catalán y en la lengua española, idiomas que en las escuelas se enseñan con total normalidad.

Serrano Gómez y Serrano Maillo (2019) entienden que se trata de una serie de delitos de carácter doloso y que se excluye el dolo eventual.

Sobre el elemento subjetivo del injusto, Cámara Arroyo (2017) es del parecer que tiene serias dudas de que un delito de expresión que se integre en los denominados delitos de odio pueda ser cometido por imprudencia, pudiéndose admitir con criterios que cumplan los requisitos jurisprudenciales que lo diferencien de la imprudencia consciente, la modalidad dolosa eventual, exigente de un alto nivel de probabilidad de que aparezca el daño.

En nuestro CP queda excluida la comisión imprudente *ex art.* 12 CP, al no haberse tipificado expresamente en ninguna de las conductas que podemos considerar como delitos de odio.

De la recomendación de la ECRI, el Plan de Acción también introduce algunos criterios de inferencia para diferenciar el delito de odio del discurso de intolerancia no punible, con el tenor literal siguiente: “el

*mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal*, disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771), fecha de última consulta: 3 de septiembre de 2021.

<sup>21</sup> STEDH de 16 de julio de 2009, *Féret vs. Bélgica*.

contexto, el orador, la intención del orador, el contenido y forma del discurso, el alcance y la magnitud de la expresión, y la posibilidad de que se produzca un daño, así como su inminencia”.

Los delitos de odio “ni se deben, ni se pueden interpretar como meros episodios aislados, al margen de un contexto de clima social de intolerancia hacia personas diferentes a las que niega” (Ibarra, 2016: 5). Vemos que el Mago Lari sí protagoniza un hecho aislado en un programa en concreto, no tratándose de una función teatral que se vaya repitiendo día tras día en un lapso temporal amplio, y tampoco existe en Cataluña un clima social de intolerancia contra la ciudadanía que decide hablar en lengua española.

El sujeto activo puede serlo cualquiera, y por lo tanto estamos ante un delito de carácter común. Nótese que el delito podrá cometerse incluso entre personas de la misma ideología, religión, creencias, raza, etc. Hemos de pensar que incluso cabe la posibilidad de que una persona reniegue de su religión, raza, etc., y provoque a otros para crear una situación de odio que termine en discriminación. Estamos de acuerdo con Gómez Rivero (2021) cuando afirma que en este delito pueden entrar los comportamientos de un editor, librero, el director de la publicación que difunde los comentarios a favor de actividades discriminatorias efectuadas por un tercero, o que publica libros, revistas, artículos, etc., que recojan alabanzas ideas o bien opiniones<sup>22</sup> favorables hacia conductas discriminatorias.

El sujeto pasivo será aquel grupo que tiene una adscripción social concreta que le convierte en víctima. ¿Los niños que escuchaban las aventuras del Mago Lari pertenecían a una adscripción social concreta?

Si se comparan las víctimas de otro tipo de delitos que no tienen el componente de la discriminación, las víctimas de los delitos de odio muestran una tendencia a sufrir elevados índices de ansiedad, inquietud, nerviosismo, autoestima baja, insomnio, e incluso depresión. En definitiva, estas víctimas sufrirán una pérdida muy considerable de bienestar en sus vidas,

<sup>22</sup> En la STS 676/2009, de 5 de junio, se recuerda como en otras ocasiones (STS 820/2016, de 2 de noviembre) que no se trata de criminalizar opiniones discrepantes, sino de combatir actuaciones dirigidas a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y daño en la paz de la comunidad con sus actos criminales, atentando contra el sistema democrático establecido (STS 221/2017, de 29 de marzo).

algo difícilmente cuantificable, pero sí que se podrá comprobar por la sintomatología.

En el caso del Mago Lari, ¿las víctimas sufrirán este tipo de dolencias?

Según algunos autores (Tamarit Sumalla, 2016), en estos delitos se impone una situación de jerarquía y dominio que victimiza por odio a unos grupos sociales determinados buscados de forma deliberada para recordar que están sometidos a un poder hegemónico que recuerda quien es quien realmente tiene el poder.

De Urbano Castrillo (2020) señala que lo que se propone con este delito es la tutela del obligado respeto al que es diferente, que es una consecuencia del principio de igualdad, al tiempo que se someten las libertades de expresión, y en general las libertades intelectuales, al superior imperio de la dignidad de todos los ciudadanos y se lanza de este modo un mensaje de convivencia.

En el caso del Mago Lari, ¿se concreta esta situación de jerarquía y dominio frente a un grupo social?

Estamos ante un *tipo penal de peligro*, pues para su realización es ya suficiente que se cree una situación de peligro que se transmite a través del *discurso del odio*,<sup>23</sup> que comporta, y valga la redundancia, una situación peligrosa tendente a producir daños recogidos en toda la normativa *ut supra* comentada. En esta línea también Serrano Gómez y Serrano Maíllo (2019) son del parecer que la consumación se produce por el mero hecho de promover o incitar a la discriminación, al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra grupos o asociaciones en los supuestos previstos y penados en el artículo 510.1 del Código Penal, no siendo necesario que se produzca resultado lesivo alguno. De Urbano Castrillo (2020) es del parecer que estamos ante un delito de mera actividad y que no se necesita que se obtenga el resultado buscado.

En relación al concurso con otras normas se deberá de aplicar el artículo 8.1 CP, que prevé el principio de

especialidad, y cuando se aplique este u otro precepto especial, no podrá aplicarse, además, la agravante contenida en el artículo 22.4 del Código Penal.

Es importante resaltar que la Asociación de Jueces y Juezas para la Democracia se pronunciaron a favor de la reforma del artículo 510 del Código Penal a fin de delimitar que solo pueda haber sanción penal cuando las conductas del sujeto activo puedan dar lugar a perturbaciones del orden público o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes. ¿Se cumple aquí la situación real que produjo el Mago Lari?

### 3. Conclusiones

Sobre si el Mago Lari se estaba dirigiendo a un grupo social en concreto de forma deliberada, entendemos que no ha lugar, puesto que estaba dirigiéndose a una audiencia televisiva muy amplia en un horario de *prime time*. Puede gustar más o menos la actuación que estaba llevando a cabo el ilusionista, pero hemos de descartar que se dirigiese a un grupo social en concreto, que lo podría haber hecho haciendo *ad exemplum* referencia a la etnia gitana, al colectivo magrebí, a ciudadanos no catalanes, etc. No hay elementos de los que se infiera que el ilusionista apuntase a un colectivo determinado, y es por todo ello que entendemos que los niños que estaban escuchando las aventuras del Mago Lari no pertenecían a una adscripción social concreta.

En cuanto al contexto del acto, nos encontramos con un programa de televisión dirigido a las familias en horario de máxima audiencia. Podemos afirmar que se trataría de un programa de *amplio espectro*, en el que se busca la máxima audiencia para captar al máximo *target* de anunciantes y, por ende, patrocinadores en este caso de la televisión pública autonómica TV3, perteneciente a la Corporación Catalana de Medios Audiovisuales.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Dado que el ejercicio de los derechos está sujeto a que se desarrollen dentro de los límites constitucionales propios de la sociedad democrática en la que se ejercen, no puede prescindirse de una evaluación sobre la presencia o no de excesos en su disfrute. Y en ese análisis, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 8 de Julio de 1999, *Sürek vs. Turquía*, y de 4 de Diciembre de 2003, *Müslüm vs. Turquía*), como el Tribunal Constitucional (STC 235/2007, de 7 de Noviembre) y esta misma sala (SSTS 812/2011, de 21 de julio o 4/2017, de 18 de enero) vienen destacando que el llamado *discurso del odio*, entendido como la alabanza o justificación de acciones terroristas, no merece la cobertura de derechos fundamentales como la libertad de expresión (art. 20 CE) o la libertad ideológica (art. 16 CE).

<sup>24</sup> La Corporación Catalana de Medios Audiovisuales (CCMA; en catalán, Corporació Catalana de Mitjans Audiovisuals) es un ente público de comunicaciones de carácter autonómico de Cataluña, dependiente de la Consejería de la Presidencia del Gobierno de Cataluña, encargado de producir y difundir productos audiovisuales velando por la normalización lingüística y cultural catalana. Fue creada en 1983 y hasta 2007 se llamó Corporación Catalana de Radio y Televisión (CCRTV). La CCMA es miembro de la Federación de Organismos de Radio y Televisión Autonómicos (FORTA). La CCMA está compuesta por la Televisión de Cataluña y Catalunya Ràdio, que operan la televisión y la radio, respectivamente.

## Cuando la lengua se convierte en odio

En relación al posible conflicto entre la libertad de expresión del Mago Lari y el honor de la asociación denunciante, que se siente discriminada, entendemos que hay que ponderar que se trata de un momento de la actuación en el que el ilusionista lo que hace es cambiar de un idioma a otro solamente para llamar a la atención de los niños que le estaban escuchando, y por supuesto también pretendía que los padres estuvieran atentos. No se aprecia en el cambio de idioma un ánimo de injuriar contra un colectivo, pues como hemos indicado con anterioridad, la audiencia de TV3 es bilingüe, y en Cataluña el catalán y la lengua española se utilizan de forma indistinta existiendo una clara situación de bilingüismo y no de diglosia (según la RAE: bilingüismo, en especial cuando una de las lenguas goza de prestigio o privilegios sociales o políticos superiores).

Sobre si en el caso que nos ocupa hay una lesión a la dignidad, entendemos que habría en primer lugar que realizar una valoración sobre si realmente existe un sujeto pasivo, es decir, un colectivo que sea la víctima del supuesto delito. Pensamos que la dignidad en el caso del mago Lari no se ve afectada, pues no hay un colectivo o una persona en concreto a quien se vulnera su dignidad. Habría que preguntarse si cambiar de idioma en una actuación para supuestamente causar “más miedo” es un proceder que pueda dañar alguna dignidad de alguien. Realmente no se aprecia que haya lesión alguna a la dignidad de nadie, pues quien estaba viendo el programa es una población totalmente bilingüe, como hemos indicado con anterioridad y, por ende, no cabe la posibilidad de agravio alguno.

Como hemos indicado anteriormente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya se ha pronunciado sobre si el odio puede concretarse a través de la utilización de una lengua en concreto. Sí sería posible perpetrar un delito de odio con la utilización de una determinada lengua, pero en el caso que nos ocupa estamos ante un mensaje que entendemos no tiene la suficiente entidad ni mucho menos para que se infiera que se está transmitiendo un mensaje de odio ante una audiencia.

Sobre si hay dolo en la conducta del ilusionista, habría que analizar toda la actuación al completo, y realmente, si se ven las imágenes de la actuación, entendemos que no existe el elemento cognitivo y volitivo que exige esta forma de proceder que se configura en un delito de odio.

Como hemos explicitado, las víctimas de los delitos de odio muestran una tendencia a sufrir elevados índices de ansiedad, inquietud, nerviosismo, autoestima baja, insomnio, e incluso depresión. En el caso que nos ocupa, no creemos que pueda existir la posibilidad de que por cambiar de idioma en un momento concreto de una actuación del ilusionista ello pueda provocar algún tipo de dolencia a la audiencia. *Sensu contrario*, sería pensar de forma muy torticera y maquiavélica, cuando no en lejanía con el sentido común.

En cuanto a la posibilidad de que exista en este caso, como indica Tamarit Sumalla, una situación de jerarquía y dominio, entendemos que un ilusionista cuando se dirige a su público no está en esta situación ni mucho menos, pues la audiencia puede apagar el televisor cuando quiera, neutralizando por completo una posible situación de sometimiento.

La asociación de juezas y jueces para la democracia ya se ha posicionado en el sentido de comprender que las conductas de los delitos de odio por parte del sujeto activo han de generar una situación de posibilidad real de perturbaciones del orden público o situaciones de amenaza, abuso o insulto.

Entendemos que el mago Lari, con el cambio de idioma y el mensaje concreto que profiere, se aleja mucho de generar una situación de peligro de perturbaciones del orden público ni de amenazas, abuso y mucho menos insultos. A los hechos nos remitimos, pues la realidad ha demostrado que esa actuación no produjo en ningún momento algarada alguna, y se hace muy difícil el encaje lógico causa-efecto de las amenazas, abusos e insultos.

Para terminar, solamente nos queda decir que en esta sociedad en la que nos ha tocado vivir, existe quizás una *hiperpenalización* de la vida, olvidándonos de que el derecho penal solo puede actuar bajo el principio de *ultima ratio*, fragmentariedad e intervención mínima.

Se hace preciso en este caso que impere el sosiego y el rigor en la aplicación de la ley para sin más dilación aquilatar la actuación del Mago Lari bajo el prisma del sentido común, pues las lenguas han de tender puentes para la interrelación y crecimiento de las personas, nunca han de ser motivo de confrontación, y mucho menos en una España que dispone de una democracia consolidada en un Estado social y democrático de derecho que se ha conseguido con enorme esfuerzo de varias generaciones.


## 4. Referencias bibliográficas

- ABC. “Denunciado ante la Fiscalía un programa de TV3 en el que se habla en castellano para parecer más malo”, 24-08-2021. Disponible en: <https://cutt.ly/hWglkJd>, fecha de última consulta: 30 de agosto de 2021.
- Aguilar García, M.A. (Dir.) *et al. Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2015.
- Alcácer Guirao, R. “Discurso del odio y discurso político: En defensa de la libertad de los intolerantes”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 14-02, 2012, pp. 02: 5 y ss. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-02.pdf>, fecha de última consulta: 30 de agosto de 2021.
- Boeckmann, R. J. y Turpin-Petrosino, C. “Understanding the Harm of Hate Crime”, *Journal of Social Issues*, 2002.
- Cámara Arroyo, S. “El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, fascículo 1, VOL. LXX, 2017, pp. 139 a 225, 2017. Disponible en: <https://cutt.ly/PWgxXY2>, fecha de última consulta: 30 de agosto de 2021.
- Correcher Mira, J. “La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?”, *InDret Penal Revista para el Análisis del Derecho* N.º. 3, 2021, disponible en: <https://cutt.ly/MWv8elT>, fecha de última consulta: 1 de septiembre de 2021.
- Fiscalía General del Estado. *Circular 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal*, disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771), fecha de última consulta: 3 de septiembre de 2021.
- Fiscalía General del Estado. *Memoria 2021*, p. 1082, disponible en: [https://www.fiscal.es/memorias/memoria2021/FISCALIA\\_SITE/index.html](https://www.fiscal.es/memorias/memoria2021/FISCALIA_SITE/index.html), fecha de última consulta: 20 de septiembre de 2021.
- Fuentes Osorio, J. L. “El odio como delito”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19-27, 2017, p. 2 (Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-27.pdf>), fecha de última consulta: 30 de agosto de 2021.
- Gálvez Muñoz, L. y Sieira Mucientes, S. Sinopsis del artículo 14 de la Constitución española, 2009 y actualizada en 2011, disponible en: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=14&tipo=2>, fecha de última consulta: 30 de agosto de 2021.
- Gómez Martín, V. “Discurso del odio y principio del hecho”, en Mir Puig, S. y Corcoy Bidasolo, M. (Dir.). *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- GÓMEZ MARTÍN, V. “Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-20, 2016, disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-20.pdf>, fecha de última consulta: 1 de septiembre de 2021.
- Gómez Martín, V. “Odio en la Red”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, 20, pp. 411-449, 2018.
- Gómez Rivero, C. “Violencia habitual contra las personas vinculadas al agresor”, en Cortes Bechiarelli, E., Nieto Martín, A. y Núñez Castaño, E., *Derecho penal parte especial*, Tecnos, Madrid, 2021.
- Gómez Sánchez, Y. *Derechos fundamentales*, Aranzadi, Navarra, 2020.
- Hablamos Español. “Quienes Somos”, disponible en: <https://hispanohablantes.es/quienes-somos/>. Fecha de última consulta: 30 de agosto de 2021.
- Ibarra, E. “Semiótica de la intolerancia y discurso del odio”, en *Movimiento contra la Intolerancia: Materiales didácticos*, núm. 12. Intolerancia y Discurso de Odio: Amenazas para la Democracia, 2016, p. 5.
- Laurenzo Copello, P. “La manipulación de los delitos de odio”, en Portilla Contreras y Velásquez Velásquez, F. *Un juez para la democracia*, Dykinson, Madrid, 2019.
- Lamarca Pérez, C. “Delitos contra el orden público”, en Alonso de Escamilla, A., Lamarca Pérez, C., Rodríguez Núñez, A. y Mestre Delgado, E. *Delitos. La parte especial del derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2020.
- Landa Gorostiza, J. M. “Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del artículo 510 CP y propuesta ‘lege lata’”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 7, edición digital, 2012.




## ▶ Cuando la lengua se convierte en odio

- Laurenzo Copello, P. “La discriminación en el Código Penal de 1995”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 19, edición digital, 1996.
- Miró Llinares, F. “Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión” (pp. 21-66), en Miró Llinares, F. (Dir.). *Cometer delitos en 140 caracteres. El derecho penal ante el odio y la radicalización*, Marcial Pons, Madrid, 2017.
- Muñoz Conde, F. *Derecho penal parte especial*, 23ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.
- Portilla Contreras, G. “La represión penal del discurso del odio”, en Quintero Olivares, G.: *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona, 2015.
- Quesada Alcalá, C. “La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 30, 2015, p. 8; STEDH, Asunto Sürek v. Turkey, (N.º 26682/95), 8 de julio de 1999.
- Rey Martínez, F. “Discurso del odio y racismo líquido”, en Revenga Sánchez, M. (Dir.) *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones, Alcalá de Henares, 2015.
- Serrano GÓMEZ, A., Serrano Maíllo, A. “Delitos contra la integridad moral”, en Serrano Gómez, A., Serrano Maíllo, A., Serrano Tárraga, Mª.D. y Vázquez González, C. *Curso de derecho penal parte especial*, Dykinson, Madrid, 2019.
- Suárez-Mira Rodríguez, C. (Dir. y coord.), Judel Prieto, Á., Piñol Rodríguez, J.R. *Manual de derecho penal parte especial*, Tomo II. Aranzadi, Navarra, 2020.
- Tamarit Sumalla, J.Mª. “Delitos contra la libertad”, en Ramón Ribas, E., Hernández García, J., Villacampa Estiarte, C., Ortega Lorente, J.M., Aguilar Romo, M., Camarena Grau, S., Morales Prats, F., Quintero Olivares, G., Torres Rosell, N., García Albero, R., Llarena Conde, P., Demetrio Crespo, E., Bañeres Santos, F., Ramírez Ortiz, .L., Calvo López, Mª., Navarro Blasco, E., Rueda Soriano, Y., Cugat Mauri, M., Ramos Rubio, C., De La Peña Oliete, M., Portilla Contreras, G., García Rivas, N., y Salat Paisal, M., *Compendio de la parte especial del derecho penal*, Aranzadi, Navarra, 2016.
- Urbano Castrillo, E. De. “De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas”, en Sánchez Melgar, J. (Coord.) *Código penal: comentarios y jurisprudencia*, Vol IV, Sepín, Madrid, 2020.
- Vázquez González, C. *Inmigración, diversidad, y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes (especial referencia a la mutilación genital femenina)*, Dykinson, Madrid, 2010.
- Vázquez Iruzubieta, C., *Código Penal comentado (actualizado por las leyes orgánicas: 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo)*, Atelier, Barcelona, 2015.



**El nuevo tipo agravado de blanqueo en el ejercicio profesional de los obligados por la normativa de prevención, incorporado al código penal español por la Ley orgánica 6/2021, y los proveedores de servicios de cambio de moneda virtual y de custodia de monederos electrónicos**



**Miguel Abel Souto**

*Catedrático acr. de Derecho penal. Universidad de Santiago de Compostela. Esta contribución se integra en el proyecto RTI2018-6H-093931-B-100 (aei/feder, ue), financiado por la Agencia Estatal de Investigación (Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades), Programa operativo feder 2014-2020 “Una manera de hacer Europa”.*

**RESUMEN:** El artículo se dedica a la exagerada expansión del delito de blanqueo de dinero, fundamentalmente a la expansión cuando el blanqueo se produce en el marco del ejercicio de actividades profesionales y por los proveedores de servicios de cambio de moneda virtual.

**PALABRAS CLAVE:** blanqueo de dinero, agravantes, ejercicio profesional, moneda virtual.

**ABSTRACT:** The article is dedicated to the exaggerated expansion of the crime of money laundering, fundamentally to the expansion when laundering is produced in the framework of the exercise of professional activities and by the providers of virtual currency exchange services.

**KEYWORDS:** money laundering, aggravating, professional exercise, virtual currency.

## El nuevo tipo agravado de blanqueo en el ejercicio profesional de los obligados por la normativa de prevención

Actualmente se han alcanzado, debido al Covid-19,<sup>1</sup> 4 600 millones de usuarios de internet, el 59.5% de la población mundial,<sup>2</sup> y la última reforma penal española en materia de blanqueo no podía ser ajena a este cambio. También con la pandemia se han incrementado los *ciberdelitos*, especialmente las estafas de productos médicos necesarios para combatirla y otras estafas *online*,<sup>3</sup> porque los criminales tienen que buscar a sus víctimas en el ciberespacio al no encontrarlas ya en la calle, y los gobiernos tienen que distribuir enormes sumas de dinero para hacer frente a la pandemia con procedimientos rápidos y flexibles “que implican un gran riesgo de corrupción”.<sup>4</sup> La mayoría de los beneficios de estos delitos se blanquean<sup>5</sup> y con frecuencia se acude a las monedas virtuales. Igualmente, aumentaron con el Covid-19 las ofertas de trabajo a potenciales blanqueadores, dolosos o imprudentes, mediante correos electrónicos que prometen un fácil trabajo en casa facilitando una cuenta bancaria para hacer transferencias o ayudando a supuestas asociaciones filantrópicas, huérfanas de países del tercer mundo o desamparadas viudas millonarias a administrar su dinero.<sup>6</sup> En este marco el recurso a las monedas virtuales, en crecimiento constante, representa un evidente peligro en cuanto al blanqueo y el abuso de la profesión por los proveedores de servicios tanto de cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria como de custodia de monederos electrónicos; para blanquear dinero debe tener una consideración especial, según dispone la última reforma penal española sobre el blanqueo, aunque, siguiendo una línea ya habitual, el legislador aprovechó la tramitación de una reforma penal necesaria para introducir muchos otros cambios perturbadores.

Así las cosas, la Ley Orgánica (LO) 6/2021, de 28 de abril, da otra vuelta de tuerca a la sanción del blanqueo de dinero dentro del criticable proceso de la “expansión”<sup>7</sup> de su castigo.<sup>8</sup> A modo de ejemplo de “la regulación cada vez más expansiva”,<sup>9</sup> se puede señalar lo ocurrido con los hechos previos.

La LO 1/1988, de 24 de marzo, tipificó por primera vez el delito de blanqueo circunscrito exclusivamente al narcotráfico. Tras la perturbadora reforma de 23 de diciembre de 1992, con los “problemas interpretativos”<sup>10</sup> de una duplicada regulación, el Código Penal de 23 de noviembre de 1995 amplió las infracciones antecedentes a los delitos graves.<sup>11</sup> Poco después, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, expandió los hechos previos a cualquier delito.<sup>12</sup> Luego, la reforma de 22 de junio de 2010 creó nuevos tipos agravados cuando los bienes procedan de algunos delitos contra la Administración Pública, los relativos a la ordenación del territorio o el urbanismo,<sup>13</sup> amén de castigar expresamente el autoblanqueo e incorporar las conductas de posesión y utilización, sembrando dudas de constitucionalidad,<sup>14</sup> la LO 1/2015, de 30 de marzo, además de llevar a cabo una “profunda revisión”<sup>15</sup> del decomiso, expandió el campo de los

<sup>7</sup> Corcoy Bidasolo, M., “Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales”, en Mir Puig, S./Corcoy Bidasolo, M. (dirs.), *Constitución y sistema penal*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo (Marcial Pons), 2012, p. 168.

<sup>8</sup> Vid. Abel Souto, M., *La expansión penal del blanqueo de dinero*, México (Centro Mexicano de Estudios en lo Penal Tributario), 2016; del mismo autor, “*The expansion of the punishment for money laundering*”, *18th World Congress of Criminology*, 15 a 19 de diciembre de 2016, Nueva Delhi, pp. 1-7; del mismo autor, “Admission of guilt in economic crimes, money laundering and criminal responsibility of legal persons”, ponencia pronunciada en Ekaterimburgo, el 13 de febrero de 2020, *XVII International research to practice conference Kovalyov readings. Legal reconciliation: compromise or concession?*, *Advances in Social Science, Education and Humanities Research*, n.º 420, 2020, pp. 14-18.

<sup>9</sup> Ferré Olivé, J.C., *Tratado de los delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2018, p. 357.

<sup>10</sup> Lorenzo Salgado, J.M., “El proyecto de Código Penal de 1992 y los delitos relativos a drogas: una valoración crítica”, en *Drogodependencias, I Introducción*, Santiago (Universidad de Santiago de Compostela), 1994, p. 105, nota 38.

<sup>11</sup> Vid. Abel Souto, M., *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el Ordenamiento penal español*, Montevideo/Buenos Aires (B de F), 2020, pp. 268-276.

<sup>12</sup> Cfr. Mata Barranco, N.J. de la, *Derecho penal europeo y legislación española*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, pp. 127-130.

<sup>13</sup> Cfr. Blanco Cordero, I., *El delito de blanqueo de capitales*, 4ª ed., Cizur Menor (Thomson Reuters/Aranzadi), 2015, pp. 363-365.

<sup>14</sup> Cfr. Corcoy Bidasolo, M., 2012, p. 108.

<sup>15</sup> Lorenzo Salgado, J.M., “Directiva 2014/42/UE sobre el em-

<sup>1</sup> Cfr. Abel Souto, M., “Money laundering, Covid-19 and new technologies”, en Arlacchi, P./Sidoti, F. (eds.), *Financial crime, money laundering and asset recovery. Global trends, theoretical issues and case studies*, *International Forum on Crime and Criminal Law*, Craiova (Alma), 2021, p. 39.

<sup>2</sup> Cfr. Galeano, S., “El número de usuarios de internet en el mundo crece un 7’3% y alcanza los 4.600 millones (2021)”, en <http://www.marketing4ecommerce.net> (septiembre de 2021).

<sup>3</sup> Cfr. Interpol, *Covid-19 pandemic. Guidelines for law enforcement*, 26 March 2020, en <http://www.interpol.int>, pp. 14-16 (septiembre de 2021).

<sup>4</sup> Gafilat, *Statement on COVID-19 and its associated ML and FT risk*, 8 April 2020, en <http://www.gafilat.org>, p. 3 (septiembre de 2021).

<sup>5</sup> Cfr. Abel Souto, M., 2021, p. 24.

<sup>6</sup> Ibid.

hechos previos del blanqueo a las antiguas faltas,<sup>16</sup> convertidas mayoritariamente en delitos leves. Y, por último, de momento la LO 6/2021, de 28 de abril, transforma los anteriores tipos básicos en agravados cuando los bienes tengan su origen en la trata de seres humanos, la prostitución y explotación sexual, los delitos contra los ciudadanos extranjeros, la corrupción de menores y en los negocios.

También la LO 6/2021, de 28 de abril,<sup>17</sup> agrava la pena a los sujetos obligados por la normativa de prevención si blanquean en el ejercicio de su actividad profesional y esta agravante era la única exigida por la Directiva 2018/1673, de 23 de octubre,<sup>18</sup> sobre la lucha contra el blanqueo mediante el derecho penal, pues las otras agravaciones incorporadas por la LO 6/2021 no resultaban obligatorias según la Directiva 2018/1673, la cual igualmente se ocupa de la responsabilidad de las personas jurídicas.<sup>19</sup> Muy poco antes, en Europa, en el marco de una sucesión normativa sin precedentes que atenta contra la seguridad jurídica, la Directiva 2018/843, de 30 de mayo,<sup>20</sup> o V Directiva contra el blanqueo, con “amplios

considerandos”,<sup>21</sup> que modifica la IV Directiva de 2015, aparte de incorporar novedades en materia de proveedores de servicios tanto de cambio de moneda virtual en moneda fiduciaria como de custodia de monederos electrónicos,<sup>22</sup> insistió en la necesidad de “adoptar medidas destinadas a garantizar una mayor transparencia de las transacciones financieras, de las sociedades y otras entidades jurídicas, así como de los fideicomisos (del tipo ‘trust’) e instrumentos jurídicos de estructura o funciones análogas”.<sup>23</sup>

Esta Directiva 2018/843 también acaba de trasponerse a derecho interno español mediante el Real decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, que incorpora como nuevos sujetos obligados a los prestadores de servicios de cambio de moneda virtual por la de curso legal y a los proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos, crea un nuevo modelo de identificación de la titularidad real con un registro único en el Ministerio de Justicia, adapta el fichero de titularidades financieras y el tratamiento de datos personales a la V Directiva, establece nuevas obligaciones de informar del efectivo no acompañado y declarar el transportado en la entrada o salida de la Unión Europea por los que realicen actividades de transporte profesional de fondos o medios de pago, y modifica la intervención temporal de medios de pago.<sup>24</sup>

Por tanto, sí resultaba ineludible para el legislador español introducir el tipo agravado que se incorpora en el segundo párrafo del artículo 302.1, y es el que motiva la reforma, pues esta circunstancia agravante

---

bargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito y la extensión al blanqueo en 2015 del comiso ampliado, previsto inicialmente para la criminalidad organizada transnacional”, en Abel Souto, M./Sánchez Stewart, N. (coords.), *VI congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2019, p. 584.

<sup>16</sup> Vid. Abel Souto, M., “La expansión, operada por la Ley orgánica 1/2015, de los hechos previos del delito de blanqueo a las antiguas faltas”, en Abel Souto, M./Sánchez Stewart, N. (coords.), *V congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2018, pp. 157-187.

<sup>17</sup> Vid. *Ley orgánica 6/2021, de 28 de abril, complementaria de la Ley 6/2021, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, de modificación de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y de modificación de la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*, boe, n.º 102, 29 de abril de 2021, pp. 50883-50886.

<sup>18</sup> Vid. *Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal*, Diario Oficial de la Unión Europea, L 284, 12 de noviembre de 2018, pp. 22-30.

<sup>19</sup> Vid. Abel Souto, M., “Algunas discordancias legislativas sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Código penal español”, *RGDP*, n.º 35, 2021, pp. 1-62.

<sup>20</sup> Vid. Abel Souto, M., “Blanqueo de dinero, responsabilidad criminal de las personas jurídicas y directivas de 2018”, en Sanz Hermida, A.M. (dir.), *La justicia penal del siglo XXI ante el desafío del blanqueo de dinero. 21st century criminal justice facing the challenge of money laundering*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2021, pp. 41-75. Existe una versión inglesa de este artículo bajo el título “Money laundering, criminal responsibility of legal persons and 2018 directives”, en pp. 301-334 y en *Journal of Applied Business & Economics*, n.º 22, 2020, pp. 205-222.

<sup>21</sup> Lorenzo Salgado, J.M., “El blanqueo de dinero procedente de los delitos descritos en los artículos 368 a 372 del CP y las nuevas tendencias de financiación del terrorismo advertidas por las Directivas de 2018”, en Abel Souto, M./Lorenzo Salgado, J.M./Sánchez Stewart, N. (coords.), *VII congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2020, p. 459.

<sup>22</sup> Vid. Navarro Cardoso, F., “Criptomonedas (en especial, bitcoin) y blanqueo de dinero”, *RECPC*, n.º 21-14, 2019, pp. 1-45.

<sup>23</sup> *Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE*, Diario Oficial de la Unión Europea, L 156, 19 de junio de 2018, considerando 2.

<sup>24</sup> Vid. *Real decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores*, BOE, n.º 101, 28 de abril de 2021, apartado III, pp. 49752-49754, y art. 3, pp. 49788-49803.

## El nuevo tipo agravado de blanqueo en el ejercicio profesional de los obligados por la normativa de prevención

se encuentra —junto con la comisión en el marco de una organización delictiva ya contemplada en nuestro ordenamiento— en la Directiva 2018/1673 entre las circunstancias que “con carácter obligatorio”<sup>25</sup> “deben”<sup>26</sup> tipificarse en virtud del artículo 6.1, a cuyo tenor “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar” que “se consideren como agravantes” del blanqueo. Por lo anterior, la LO 6/2021 establece la imposición de “la pena en su mitad superior” para los sujetos obligados por la normativa de prevención del blanqueo cuando “cometan cualquiera de las conductas descritas en el artículo 301 en el ejercicio de su actividad profesional”; agravación que, según la interpretación literal y sistemática, no solo alcanza a la prisión sino también a la multa proporcional, a diferencia de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 302.1 para los tipos agravados por pertenencia, jefatura, administración o encargo de organizaciones dedicadas al blanqueo.

Efectivamente, aun cuando la legislación penal española sea bastante más expansiva que la Directiva 2018/1673 sobre lucha contra el blanqueo mediante el derecho penal y no precisase muchos cambios para cumplir con las exigencias comunitarias,<sup>27</sup> sí era necesaria una reforma del Código Penal “a más tardar el 3 de diciembre de 2020”<sup>28</sup> plazo incumplido por el legislador pese haber sido advertido con tiempo por Lorenzo Salgado: el artículo 303 “tendrá que ser modificado”<sup>29</sup> debido al mandato, establecido en la letra b) del artículo 6.1 de la Directiva 2018/1673, de considerar como circunstancia agravante “que el autor sea una entidad obligada en el sentido del art. 2 de la Directiva (UE) 2015/849, y haya cometido el delito en el ejercicio de su actividad profesional”. Artículo 2 que no solo incluye a las entidades financieras y de

crédito, sino también a un extenso catálogo de personas físicas y jurídicas cuando actúen profesionalmente, que amplió la Directiva 2018/843<sup>30</sup> y que acaba de ser trasladado a derecho interno español por el Real decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, el cual modifica, en el apartado 1 del artículo 2 de la Ley 10/2010 sobre prevención del blanqueo, las letras b), h), k), l), m) y r) y añade la z), con lo que el legislador agota todas las letras del abecedario en el amplísimo catálogo, amén de reformar el apartado 4 del artículo 2, artículo en el que se recogen los sujetos obligados por la normativa de prevención a los que se puede aplicar esta nueva agravante.

Concretamente, la Ley 10/2010 desde su primera redacción considera sujetos obligados:

- a) a las entidades de crédito;<sup>31</sup>
- b) las entidades aseguradoras autorizadas para operar en el ramo de vida, a las que el Real decreto-ley 7/2021 añade los seguros relacionados con inversiones, y los corredores de seguros en los de vida e inversiones;
- c) las empresas de servicios de inversión;
- d) las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y las sociedades de inversión cuya gestión no esté encomendada a una sociedad gestora;
- e) las entidades gestoras de fondos de pensiones;
- f) las sociedades gestoras de entidades de capital-riesgo cuya gestión no esté encomendada a una sociedad gestora;
- g) las sociedades de garantía recíproca;
- h) las entidades de pago, a las que se agregaron en 2011 las entidades de dinero electrónico<sup>32</sup> y en 2021 las personas físicas y jurídicas de los artículos 14 y 15 del Real decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera;
- i) los que cambien moneda profesionalmente;
- j) los servicios postales respecto a los giros o transferencias;
- k) “las personas dedicadas profesionalmente a la intermediación en la concesión de préstamos o créditos” y las que, sin autorización como establecimientos financieros de crédito, desarrollen profesionalmen-

<sup>25</sup> Vidales Rodríguez, C., “*Condotta integranti il delitto di riciclaggio. Osservazioni sulla Direttiva (UE) 2018/1673 del Parlamento europeo e del Consiglio, 23 ottobre 2018, relativa alla lotta al riciclaggio di capitali attraverso il diritto penale*”, en *www.criminaljusticenetwork.eu/it* (septiembre de 2021), III.2, e).

<sup>26</sup> Carpio Delgado, J. del, “Hacia la pancriminalización del blanqueo de capitales en la Unión Europea. Un análisis crítico de la Directiva (UE) 2018/1673 relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal”, *RP*, n.º 44, 2019, p. 37.

<sup>27</sup> Vid. Matallín Evangelio, A., “¿Qué ha cambiado en el concepto de blanqueo con la Directiva 2018/1673, de 23 de octubre, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal?”, en León Alapont, J. (dir.), *Temas clave de Derecho penal. Presente y futuro de la política criminal en España*, Barcelona (Bosch Editor), 2021, pp. 447-494.

<sup>28</sup> Art. 13.1, párrafo primero.

<sup>29</sup> Lorenzo Salgado, J.M., 2020, p. 465.

<sup>30</sup> Vid. art. 1.1.

<sup>31</sup> Vid. Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, BOE, n.º 103, 29 de abril de 2010, pp. 37458-37499.

<sup>32</sup> Vid. Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico, BOE, n.º 179, disposición final octava.

te actividades recogidas en la DA primera de la Ley 3/1994, de 14 de abril, remisión que el Real decreto-ley 7/2021 cambia por las previstas en el artículo 6.1 de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, y la concesión de préstamos según la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, aunque en una evidente muestra de desidia legislativa el Real decreto-ley 7/2021 repite al final del párrafo los mismos sujetos obligados que aparecen al principio, aquí entrecuillados;

- l) los promotores inmobiliarios y quienes ejerzan profesionalmente actividades de agencia, comisión o intermediación en la compraventa de bienes inmuebles, a los que el Real decreto-ley 7/2021 adiciona los arrendamientos de inmuebles anuales de al menos 120 000 euros y los mensuales iguales o superiores a 10 000 euros;
- m) los auditores de cuentas, contables externos y asesores fiscales, que el Real decreto-ley 7/2021 amplía a “cualquier otra persona que se comprometa a prestar de manera directa o a través de otras personas relacionadas, ayuda material, asistencia o asesoramiento en cuestiones fiscales como actividad empresarial o profesional principal” —sorprendente redacción que convierte un mero compromiso en una profesión—;
- n) los notarios y registradores;
- ñ) los abogados, procuradores y profesionales independientes, pero únicamente cuando participen por cuenta de clientes en la compraventa de inmuebles o entidades comerciales, la gestión de fondos, valores u otros activos, la apertura o gestión de cuentas, la creación, funcionamiento o gestión de empresas, fideicomisos, sociedades o estructuras análogas, o cuando actúen por cuenta de clientes en operaciones financieras o inmobiliarias;
- o) los que profesionalmente presten “a” (o “por cuenta de” según el Real decreto-ley 11/2018)<sup>33</sup> terceros servicios de constitución de sociedades o personas jurídicas, dirección o secretaría de una sociedad, que el Real decreto-ley 11/2018 cambia por funciones de secretarios no consejeros de consejo de administra-

ción o de asesoría externa, facilitar domicilio social o dirección, funciones de socio, fideicomisario, que en 2018 se sustituye por fiduciario, o accionista por cuenta de otra persona, salvo las sociedades que coticen en un mercado regulado, que el Real decreto-ley 11/2018 circunscribe a la Unión Europea, y que estén sujetas a requisitos de información conformes con el Derecho comunitario, que en 2018 se cambia por el de la Unión y las normas que garanticen la adecuada transparencia de la información sobre la propiedad, o disponer que otra persona ejerza dichas funciones;

- p) los casinos;
- q) los comerciantes profesionales de joyas, piedras o metales preciosos;
- r) las personas que comercien profesionalmente con objetos de arte o antigüedades, a los que el Real decreto-ley 7/2021 añade los intermediarios y los que almacenen, comercien con ellos o intermedien en puertos francos;
- s) los que ejerzan profesionalmente las actividades del art. 1 de la Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio;
- t) los depositantes, custodios o transportistas profesionales de fondos o medios de pago;
- u) las personas responsables de la gestión, explotación y comercialización de loterías u otros juegos de azar, a las que el Real decreto-ley 11/2018 adiciona la matización de presenciales o por medios electrónicos, informáticos, telemáticos e interactivos, aunque solo respecto de las operaciones de pago de premios en las loterías, apuestas mutuas deportivo-benéficas, concursos, bingos y máquinas recreativas tipo “B”, limitación que antes se aplicaba a todos los casos;
- v) los que realicen movimientos de medios de pago;
- w) los que comercien profesionalmente con bienes;
- x) las fundaciones y asociaciones;
- y) los gestores tanto de sistemas de pago, compensación y liquidación de valores o productos financieros derivados como de tarjetas de crédito o débito emitidas por otras entidades;
- z) y los proveedores de servicios de cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria y de custodia de monederos electrónicos, sujetos obligados introducidos por el Real decreto-ley 7/2021.

<sup>33</sup> Vid. Real decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto, de transposición de directivas en materia de protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores, prevención del blanqueo de capitales y requisitos de entrada y residencia de nacionales de países terceros y por el que se modifica la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, BOE, n.º 214, art. 2.2.

## El nuevo tipo agravado de blanqueo en el ejercicio profesional de los obligados por la normativa de prevención

El preámbulo de la LO 6/2021, de 28 de abril, se vanagloria de llevar a cabo “una mejora técnica”<sup>34</sup> con la introducción de este tipo agravado para los obligados por la normativa de prevención cuando blanqueen en el ejercicio de su actividad profesional. Mas la técnica legislativa brilla por su ausencia, pues al tratarse de una agravación profesional debería haberse ubicado en el artículo 303 del Código Penal, como con acierto se había propuesto doctrinalmente, y no entre los tipos agravados para las organizaciones del artículo 302.1. Además, el asistemático legislador de 2021 desaprovecha la reforma al no eliminar del artículo 303 las aberrantes menciones a los facultativos, trabajadores sociales, docentes o educadores,<sup>35</sup> carentes de sentido en el blanqueo y que proceden de los delitos relativos al narcotráfico, “lo cual explica, pero no justifica, la sorprendente referencia”.<sup>36</sup>

Del extensísimo catálogo de sujetos obligados por la normativa de prevención a los que se puede aplicar esta nueva circunstancia agravante, cuando blanqueen en el ejercicio de la actividad profesional, únicamente me voy a ocupar ahora, por los límites a los que obliga la participación en esta revista, de los proveedores de servicios de cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria y de custodia de monederos electrónicos.

Obviamente, es necesario evitar los peligros que implica la utilización de las nuevas tecnologías en la comisión del delito de blanqueo, los cuales exigen una actualización constante de las investigaciones. En este sentido la Directiva 2018/1673, sobre el combate contra el blanqueo mediante el derecho penal, advierte que “el uso de monedas virtuales presenta nuevos riesgos y desafíos desde la perspectiva de lucha contra el blanqueo”;<sup>37</sup> pero ya unos años antes la Directiva 2015/849, o IV Directiva,<sup>38</sup> exigía “adaptaciones rápidas y continuas del marco jurídico”<sup>39</sup> para responder a las amenazas del uso de las nuevas tecnologías en el blanqueo, y también la Directiva 2018/843, o

V Directiva, insiste en la “necesidad de adaptarse a las nuevas amenazas”<sup>40</sup> y de modificar la Directiva de 2015. En la misma línea, el informe que la comisión debe presentar como muy tarde el 11 de enero de 2022 sobre aplicación de la Directiva 2018/843 tiene que incidir en los problemas emergentes y nuevas tendencias e incluir propuestas sobre monedas virtuales, la creación de una base de datos central para las identidades y direcciones de monedero electrónico de los usuarios accesibles para las unidades de inteligencia financiera y los formularios de autodeclaración de los usuarios de monedas virtuales.<sup>41</sup>

Ya el GAFI en junio de 2014 elaboró un informe sobre monedas virtuales;<sup>42</sup> en junio de 2015 publicó unas directrices para un enfoque basado en el riesgo respecto a las monedas virtuales;<sup>43</sup> en octubre de 2018 modificó la recomendación 15 para aclarar cómo se aplican sus estándares a las actividades u operaciones con activos virtuales,<sup>44</sup> y en junio de 2019 aprobó una nota interpretativa a la recomendación 15<sup>45</sup> para que las empresas que operan con criptomonedas recopilen y compartan datos de sus clientes en las operaciones superiores a 1 000 euros o dólares, con lo que surgieron preocupaciones sobre si la tecnología *blockchain* tendrá que reestructurarse o si se incrementarán los costes de las criptomonedas<sup>46</sup> con esta traslación de deberes públicos a los particulares.<sup>47</sup>

En esta línea, la Directiva 2018/843 amplió el ámbito de aplicación de la Directiva 2015/849 para detectar actividades sospechosas a los proveedores de servicios de cambio de monedas virtuales por monedas fiduciarias y a los proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos,<sup>48</sup> incorporación de “nuevos sujetos obligados”<sup>49</sup> que constituye “una

<sup>40</sup> Considerando 6.

<sup>41</sup> Cfr. art. 65, modificado.

<sup>42</sup> Vid. FATF, *Report. Virtual currencies. Key definitions and potential AML/CTF risks, June 2014*, en <http://www.fatf.gafi.org> (septiembre de 2021).

<sup>43</sup> Vid. FATF, *Guidance for a risk-based approach virtual currencies, June 2015*, en <http://www.fatf.gafi.org> (septiembre de 2021).

<sup>44</sup> Vid. GAFI, “Regulación de activos virtuales”, París, 2018, en <http://www.fatf.gafi.org> (septiembre de 2021).

<sup>45</sup> Cfr. FATF, *Guidance for a risk-based approach. Virtual assets and virtual asset service providers, June 2019*, en <http://www.fatf.gafi.org>, pp. 4, 55 y 56 (septiembre de 2021).

<sup>46</sup> Cfr. Huillet, M., “El GAFI publicará nuevas reglas para el criptosector mundial que afectan a los exchanges, fondos y custodios”, en <http://www.es.coin-telegraph>, 2019, p. 1.

<sup>47</sup> Vid. Abel Souto, M., 2021, p. 40.

<sup>48</sup> Cfr. considerando 8 y nuevas letras g) y h) del art. 2.

<sup>49</sup> Lorenzo Salgado, J.M., 2020, p. 460.

<sup>34</sup> LO 6/2021, penúltimo párrafo del preámbulo.

<sup>35</sup> Cfr. Lorenzo Salgado, J.M., 2020, p. 465, nota 73.

<sup>36</sup> Lorenzo Salgado, J.M., 2020, p. 447.

<sup>37</sup> Considerando 6.

<sup>38</sup> Vid. Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo y por la que se modifica el Reglamento (UE) n° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 141, 5 de junio de 2015, pp. 73-117.

<sup>39</sup> Considerando 28.

medida fundamental<sup>50</sup> para combatir el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo.

Tanto las monedas virtuales —entre las que destaca el bitcoin,<sup>51</sup> aunque existen más de 6 000—<sup>52</sup> como los proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos se definen en los nuevos apartados 18 y 19 del artículo 3 de la Directiva, la cual advierte de que no deben confundirse<sup>53</sup> las monedas virtuales con el dinero electrónico, ni con las monedas de juegos, ni con las locales.<sup>54</sup>

Es relativamente fácil regular el intercambio de criptomonedas en los proveedores que cambian monedas de curso legal por digitales o viceversa<sup>55</sup> para controlar al cliente en la vuelta al mundo real o al intentar escaparse de él; sin embargo, en los proveedores de custodia de monederos electrónicos únicamente se tiene en cuenta la puesta a disposición de un servidor para alojar las claves del usuario y custodiar los fondos almacenados en el monedero electrónico o *billeteras calientes*, pero no las *frías* o “programas de *hardware* o *software*, que permiten al usuario almacenar sus claves fuera de línea o con aplicaciones descargables”,<sup>56</sup> con lo que los intercambios de virtual a virtual, que suponen un evidente riesgo para el blanqueo, quedan al margen de la normativa europea.<sup>57</sup>

De otro lado, la Directiva no se aplica a los proveedores de activos virtuales, criptoactivos o *tokens*, que no son monedas virtuales,<sup>58</sup> de manera que permite “nuevas oportunidades para el blanqueo de ganancias con posible financiación de actividades ilícitas”,<sup>59</sup> por lo que debería ampliarse, según recomendó el GAFI, a los activos virtuales<sup>60</sup> para abarcar la participación y promoción de ofertas iniciales de moneda, los intercambios “entre activos virtuales y monedas naciona-

les como actividad del mercado primario<sup>61</sup> y entre criptomonedas o *tokens* como actividad del mercado secundario y la transferencia, liquidación, custodia o administración de activos virtuales.<sup>62</sup>

Ciertamente, el legislador español podría haber ido más allá del mínimo exigido por la Directiva 2018/843 para alcanzar los *tokens* de utilidad —que permiten el acceso a un producto— o de inversión —que habilitan la propiedad—,<sup>63</sup> siguiendo al GAFI en su noción de activos virtuales como “representación digital de valor que puede ser negociado o transferido digitalmente y que puede utilizarse como medio de pago o de inversión”.<sup>64</sup> Pero ha perdido su oportunidad al mostrarse secuaz del legislador europeo en la modificación de la Ley 10/2010 sobre prevención del blanqueo operada por el Real decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, tanto en la definición de moneda virtual o “representación digital de valor no emitida ni garantizada por un banco central o autoridad pública, no necesariamente asociada a una moneda legalmente establecida y que no posee estatuto jurídico de moneda o dinero, pero que es aceptada como medio de cambio y puede ser transferida, almacenada o negociada electrónicamente”,<sup>65</sup> como en el concepto de proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos o “personas físicas o entidades de prestan servicios de salvaguardia o custodia de claves criptográficas privadas en nombre de sus clientes para la tenencia, el almacenamiento o la transferencia de monedas virtuales”,<sup>66</sup> y entiende el cambio de moneda

<sup>61</sup> Gómez Iniesta, D.J., 2021, apartado 4.

<sup>62</sup> *Idem*.

<sup>63</sup> Gómez Iniesta, D.J., 2021, apartado 3 b).

<sup>64</sup> *Idem*.

<sup>65</sup> Apartado 5 del art. 1 de la Ley 10/2010, incorporado por el Real decreto-ley 7/2021, cuya redacción únicamente se diferencia del apartado 18 del art. 3 de la Directiva en el irrelevante singular “moneda virtual”, en el uso de la disyuntiva “o” antes de “autoridad”, la posición del adverbio “legalmente”, el añadido de una cópula y un artículo en “y que no posee el estatuto jurídico”, el cambio de “pero aceptada por personas físicas o jurídicas” por “que es aceptada”, la sustitución de tres infinitivos por participios y la utilización del adverbio “electrónicamente” en vez de la locución “por medios electrónicos”. Ninguno de estos cambios estilísticos, meramente formales, altera el contenido de la definición.

<sup>66</sup> Apartado 7 del art. 1 de la Ley 10/2010, incorporado por el Real decreto-ley 7/2021. En este caso el legislador español, tal vez por aparentar que ha hecho algún trabajo en la transposición, cambia el singular “proveedor”, del apartado 19 del art. 3 de la Directiva, por el plural “proveedores”, con las obligadas concordancias del sustantivo “entidades”, a las que agrega alternativamente las personas físicas, y el verbo “prestan”, suprime una coma y a la “salvaguardia” le agrega “o custodia”.

<sup>50</sup> *Idem*.

<sup>51</sup> Vid. Aránguez Sánchez, C., “El bitcoin como instrumento y objeto de delitos”, *Cuadernos de Política Criminal*, II, n.º 131, septiembre de 2020, pp. 75-103.

<sup>52</sup> Cfr. Gómez Iniesta, D.J., “El uso de las monedas virtuales y el dinero electrónico en el delito de blanqueo y la directiva 843/2018”, en Abel Souto, M./Lorenzo Salgado, J.M./Sánchez Stewart, N. (coords.), *VIII congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2021, apartado 2.

<sup>53</sup> Cfr. considerando 10 y 11.

<sup>54</sup> Cfr. Lorenzo Salgado, J.M., 2020, p. 461, nota 64.

<sup>55</sup> Cfr. Gómez Iniesta, D.J., 2021, apartado 3 c).

<sup>56</sup> *Idem*.

<sup>57</sup> Cfr. Gómez Iniesta, D.J., 2021, apartado 3 c).

<sup>58</sup> Cfr. Lorenzo Salgado, J.M., 2020, p. 461.

<sup>59</sup> *Idem*.

<sup>60</sup> Vid. FATF, 2019, pp. 1-57.



## El nuevo tipo agravado de blanqueo en el ejercicio profesional de los obligados por la normativa de prevención

virtual por fiduciaria del siguiente modo: “la compra y venta de monedas virtuales mediante la entrega o recepción de euros o cualquier otra moneda extranjera de curso legal o dinero electrónico aceptado como medio de pago en el país en el que ha sido emitido”.<sup>67</sup>

Por último, el Real decreto-ley 7/2021 incorpora una disposición adicional segunda a la Ley 10/2010, la cual “crea”<sup>68</sup> el registro en el que deben inscribirse los proveedores de servicios de cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria y de custodia de monederos electrónicos.

Con todo, la Directiva 2018/843 es consciente de su debilidad, pues “no evita el anonimato”,<sup>69</sup> al mantenerse “en gran parte del entorno de la moneda virtual”,<sup>70</sup> ya que “los usuarios pueden llevar a cabo transacciones al margen”<sup>71</sup> de los proveedores de servicios con intermediarios con servidores fuera de la Unión Europea,<sup>72</sup> por lo que las unidades de inteligencia financiera, como el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias<sup>73</sup> en el caso español:<sup>74</sup>

deben poder obtener informaciones que les permitan asociar las direcciones de las monedas virtuales a la identidad del propietario de la moneda virtual”<sup>75</sup> y tiene que analizarse la posibilidad de que, voluntariamente, los usuarios efectúen “una autodeclaración a las autoridades”.<sup>76</sup>

Lamentablemente, la reciente normativa española de prevención contra el blanqueo no corrige las deficiencias de la Directiva 2018/843, con lo que quedan fuera del nuevo tipo agravado para los proveedores de servicios de cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria y de custodia de monederos electrónicos cuando blanqueen en el ejercicio de su actividad profesional los proveedores de activos virtuales que no son monedas virtuales, los proveedores de custodia de monederos electrónicos que permiten almacenar las claves con aplicaciones descargables y los intercambios de virtual a virtual, todo un campo abonado para el blanqueo.

También, el GAFI recomendó reducir las transferencias en efectivo mediante técnicas de gestión de fondos modernas y seguras, con inclusión de un aumento del uso de cheques, tarjetas de pago, domiciliación de nóminas y registro automático de operaciones con títulos.<sup>77</sup> Actualmente, la recomendación 32<sup>a</sup> exhorta a los países a asegurar que sus autoridades puedan impedir o restringir los movimientos de dinero en efectivo ante sospechas de blanqueo,<sup>78</sup> y la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción dispone que los “Estados Parte considerarán la posibilidad de aplicar medidas viables para detectar y vigilar el movimiento transfronterizo de efectivo”,<sup>79</sup> pero “sin restringir en modo alguno la circulación de capitales lícitos”.<sup>80</sup> También, la Directiva 2018/843 advierte que:

... las medidas tomadas deben ser proporcionales a los riesgos<sup>81</sup> y en el informe que la Comisión debe presentar como muy tarde el 11 de enero de 2022 se requiere una evaluación del respeto a los derechos y principios fundamentales de la Carta de Derechos Fundamentales en la aplicación de la Directiva 2018/843.<sup>82</sup>

En esta línea se ha dicho que el dinero en efectivo es el medio común de intercambio en las transaccio-

<sup>67</sup> Art. 1, apartado 7, de la Ley 10/2010, incorporado por el Real decreto-ley 7/2021.

<sup>68</sup> Fernández Teruelo, J.G., “Evolución del derecho penal económico europeo”, en Abel Souto, M./Lorenzo Salgado, J.M./Sánchez Stewart, N., 2021, apartado 4.

<sup>69</sup> Lorenzo Salgado, J.M., 2020, p. 460.

<sup>70</sup> Navarro Cardoso, F., 2019, p. 28.

<sup>71</sup> Considerando 9.

<sup>72</sup> Fernández García, G., “Los riesgos de las nuevas tecnologías para el blanqueo y el necesario mantenimiento de las ventajas de los avances tecnológicos en la financiación alternativa y el emprendimiento social”, en Abel Souto, M./Lorenzo Salgado, J.M./Sánchez Stewart, N., 2021, apartado 4.

<sup>73</sup> Sobre el SEPBLAC y su máxima calificación internacional *vid.* Lorenzo Salgado, J.M., 2020, pp. 460 y 461, nota 63. *Vid.* también FATF, *Consolidated assessment ratings*, en <http://www.fatf-gafi.org> (febrero de 2021).

<sup>74</sup> En torno a la eficacia del sistema español de lucha contra el blanqueo *vid.* Abel Souto, M., “FATF’s most compliant countries. Spain’s technical compliance and effectiveness: lessons for least compliant jurisdictions”, *De Legibus*, 2021, pp. 1-22.

<sup>75</sup> Considerando 9.

<sup>76</sup> *Idem.*

<sup>77</sup> *Cfr.* recomendación 25<sup>a</sup>, *FATF-I*, p. 21; recomendación 24<sup>a</sup>, *FATF-VII*, anexo 1.

<sup>78</sup> *Cfr.* FATF, *International standards on combating money laundering and the financing of terrorism & proliferation. The FATF recommendations, february 2012*, en <http://www.fatf-gafi.org>, p. 25 y nota interpretativa a la recomendación 32<sup>a</sup>, pp. 99-102.

<sup>79</sup> *Instrumento de ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003*, en *BOE*, n.º 171, de 19 de julio de 2006, p. 27137, art. 14.2.

<sup>80</sup> *Idem.*

<sup>81</sup> Considerando 2.

<sup>82</sup> *Cfr.* letra g) del art. 65.1.

nes criminales,<sup>83</sup> y en sentido similar el gobierno español —aunque pensando más en finalidades recaudatorias— aprobó en el Consejo de Ministros de 22 de junio de 2012 un proyecto de ley de lucha contra el fraude fiscal que, teniendo en cuenta la experiencia legislativa de otros países comunitarios, limitó a 2 500 euros los pagos en efectivo cuando en las operaciones participen empresarios o profesionales,<sup>84</sup> que se sumó al plan de control de billetes de alta denominación, de 500 y 200 euros.<sup>85</sup> Sobre estas limitaciones de pagos en efectivo el Consejo General del Poder Judicial puso el acento en su trasfondo tributario.<sup>86</sup> En julio de 2021 en España se modificó el art. 7 de la Ley 7/2012 para reducir el límite de pagos en efectivo a 1 000 euros,<sup>87</sup> como en Francia y en Italia, y en la India el gobierno prohibió en 2016 los billetes de 500 y 1 000 rupias. También, con el Covid-19, el uso de dinero en efectivo es evitado y se prefieren los medios de pago electrónicos para reducir el posible contagio por el contacto físico con el dinero.<sup>88</sup> Sin embargo, tras el aparente dogma del “carácter criminógeno del dinero en efectivo” se esconde un programa que supera la lucha contra la delincuencia, permite el control del ámbito privado y margina todavía más a los que ganan menos.<sup>89</sup> Amén de que, al huir de la Caribdis del

papel moneda nos toparemos con la Escila del dinero electrónico y las monedas virtuales, pues las nuevas tecnologías de pago y las novedosas formas de inversión, según se ha visto, no se hallan exentas de riesgos que pueden frustrar la prevención y represión del blanqueo de dinero.

Incluso, como ha demostrado la pandemia, el COVID ha afectado en muchos países al control total de la población mediante los teléfonos móviles para vigilar las prohibiciones de movimientos y aproximación, un control total que también pretende utilizarse en las investigaciones sobre blanqueo para lograr mayor eficacia. No obstante, el control total puede llevarnos al mundo de las telepantallas orwellianas, a un futuro que Orwell describió en su obra *1984*, de “una bota aplastando, incesantemente, el rostro humano”.<sup>90</sup>

<sup>83</sup> Cfr. Jurado, N./García, R., “El blanqueo de capitales”, en Avilés Gómez, M. (coord.), *El enriquecimiento ilícito*, Alicante (Editorial Club Universitario), 2011, p. 172.

<sup>84</sup> Cfr. “Aprobadas las medidas para la lucha contra el fraude fiscal”, en <http://www.lamoncloa.es/ConsejodeMinistros>, viernes, 22 de junio de 2012.

<sup>85</sup> Cfr. Bore, N., “El gobierno no aclara cómo controlará el pago en efectivo”, *La Voz de Galicia*, viernes, 13 de abril de 2012, p. 34.

<sup>86</sup> Cfr. Consejo General del Poder Judicial, *Informe al anteproyecto de Ley de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones de prevención y lucha contra el fraude*, 31 de mayo de 2012, en <http://www.poderjudicial.es>, pp. 4 y 5.

<sup>87</sup> Cfr. *Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, la transposición de la Directiva UE/2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior; de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego*, en BOE n.º 164, de 10 de julio de 2021, p. 82657, art. 18.

<sup>88</sup> Cfr. Abel Souto, M., 2021, p. 41.

<sup>89</sup> Cfr. Pieth, M., “Zur Einführung: Geldwäscherei und ihre Bekämpfung in der Schweiz”, en el mismo autor (ed.), *Bekämpfung der Geldwäscherei: Modellfall Schweiz?*, Basel und Frankfurt am Main (Helbing & Lichtenhahn), Stuttgart (Schäffer-Poeschel), 1992, p. 27. Así también cfr. Dietzi, H., “Der Bankangestellte als eigenössisch konzessionierter Sherlock Holmes? Der Kampf gegen die Geldwäscherei aus der Optik des Ersten Rechtskonsulenten

einer Grossbank”, en Pieth, M., 1992, p. 90; Holzinger, L., *Weissbuch Schwarzgeld. Geldwaschen in Österreich, Wien (Promedia)*, 1994, pp. 19 y 20.

<sup>90</sup> Cfr. Abel Souto, M., 2021, p. 41.





## Apuntes sobre la discriminación, los derechos humanos y el derecho penal



**Manuel Jorge Carreón Perea\***

*\* Consejero de la Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México*

**Janeth de la Luz Viñas Herrera\*\***

*\*\* Presidenta del Consejo de Alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*

**RESUMEN:** *El presente texto tiene como objeto relacionar los tres conceptos expuestos en el título. Para ello, los autores hacen un recuento histórico del desarrollo de los derechos de las personas en el primero de los apartados. En el segundo, hacen un recorrido conceptual que ayuda a plantear y alcanzar el objetivo del texto. Posteriormente, en los últimos apartados, se analiza la forma en la que la discriminación ha sido regulada por el derecho en el mundo, en general, y en México, en particular.*

**PALABRAS CLAVE:** *Discriminación, derechos humanos, derecho penal.*

**ABSTRACT:** *The purpose of this text is to relate the three concepts set out in the title. To do this, the authors make a historical account of the development of people's rights in the first of the sections. In the second, they make a conceptual journey that helps to establish and achieve the objective of the text. Later, in the last sections, the way in which discrimination has been regulated by law in the world, in general, and in Mexico, in particular, is analyzed.*

**KEY WORDS:** *Discrimination, human rights, criminal law.*

**SUMARIO:** *1. Contexto 2. Conceptos 3. Su regulación en el mundo 4. Su regulación en México 5. Análisis*

*El hecho de que exista una minoría privilegiada no compensa ni excusa la situación de discriminación en la que vive el resto de sus compañeros.*

SIMONE DE BEAUVOIR

## 1. Contexto

La discriminación es un fenómeno complejo que tiene un impacto diferenciado en las personas. Es cierto que ha sido un problema que aqueja a la sociedad desde el inicio de los tiempos y que tiene un correlato con el desarrollo de la idea de igualdad en Occidente, como puede desprenderse de una lectura de la obra de Harold Berman, *Law and Revolution*. Recordemos que, durante muchos años, diversas civilizaciones segregaron a ciertos individuos por su raza, género, posición social, edad, religión; ya fuera de manera institucional o aislada.

En los últimos años este problema ha tomado visibilidad, tanto para los derechos humanos como para el derecho penal, ya que se tornó evidente y necesaria la idea de buscar igualdad entre las personas. Como adelantamos, no siempre fue así, lo cual hace evidente que la lucha por los derechos humanos es una de las vías para lograr erradicar la discriminación.

Para entender la discriminación es preciso echar un vistazo al pasado. En el derecho romano, desarrollado en el seno de una sociedad esclavista, únicamente se consideraban *personas* quienes eran libres, pues los esclavos eran considerados pertenencias u objetos y, por lo tanto, carecían de derechos. Su dueño (*patronus*) era quien tenía derechos sobre ellos, y podía otorgarles la libertad mediante la manumisión, acto jurídico que los convertía en *libertos*, categoría inferior a los ciudadanos libres. Podemos notar que prevalecía un trato diferenciado, es decir, una forma de discriminación.

Así, durante mucho tiempo hubo personas que no solo eran discriminadas, sino que lo eran a tal grado que se les negaba su humanidad y la posibilidad de desarrollarse libre y plenamente. La esclavitud, como práctica que parte de negar el principio de igualdad, subsistió en muchas partes del mundo después de la caída del imperio romano, incluso en la Edad Media,

periodo en el que el pensamiento cristiano permeó en la vida política, social y jurídica de Occidente.

El orden jurídico medieval partía de una premisa fundamental: la división social y jurídica a partir de *estamentos*. Existían tres tipos: *oratores*, o los que se dedicaban a orar (alto y bajo clero); *bellatores*, o los que hacían la guerra (nobles); y *labratores*, o los que trabajaban la tierra (siervos).<sup>1</sup> A cada estamento le correspondía una serie de derechos que no poseían los otros, lo que generaba un desequilibrio jurídico evidente. En palabras de Regina Pérez Márquez:

... fueron, en principio, colectivos de personas afectadas a funciones sociales determinadas y provistas, por ello, de estatutos jurídicos apropiados. Cada uno de ellos encerraba una pluralidad de grupos, de estatus, de grados articulados entre sí mediante una organización jerárquica, y pronto pasaron a ser agrupaciones políticas permanentes, formadas por individuos y entidades corporativas dotadas de representación, que constituyeron en el orden medieval el rango superior y la vía por donde la mera funcionalidad social se convirtió en el eje de la ordenación política. La pertenencia a un estamento traía consigo el disfrute de determinados privilegios, derivados, unas veces, de la costumbre, otras reconocidos u otorgados por los reyes, los señores, o las autoridades de la Iglesia, mediante cartas, pactos o fueros, como consecuencia de prestaciones realizadas, o bien como resultado de complejas luchas reivindicativas.<sup>2</sup>

En el nuevo mundo, con el encuentro de Europa y América, el tema no se dejó de lado y se mantuvo con respecto a si los habitantes de las civilizaciones precolombinas eran seres humanos al igual que los europeos. En este contexto, fue significativa la denominada *Junta de Valladolid*, en la que se abordó, a través de la exposición de posturas antagónicas, la polémica de los naturales entres dos de las figuras más representativas del período: Juan Ginés de Sepúlveda —abogado— y Fray Bartolomé de las Casas —sacerdote—.

Los siglos XVI y XVII fueron testigos de otro tipo de discriminación: la religiosa. A raíz del surgimiento del protestantismo, los países europeos se enfrascaron en disputas militares que tuvieron como motivo

<sup>1</sup> Berman.

<sup>2</sup> Pérez Marcos, Regina, “Los derechos humanos hasta la edad moderna”, en *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, Gómez González, Yolanda (coord.), México, cndh, 2004, p. 34.

principal —muchas veces no exteriorizado en estos términos— la religión.

A partir del siglo XVIII comienza a presentarse un viraje con respecto a la tradición jurídica heredada del *Ancien Régime* en la que el pensamiento religioso y estamental dominaba el ámbito jurídico. Se coloca a la razón como fuente del conocimiento y como eje sobre el cual se desarrollan las personas en la sociedad, dos elementos que serán la base del pensamiento ilustrado. El impacto se traduce en dos caminos: la creación de *declaraciones de derechos* —Estados Unidos en 1776 y Francia en 1789— que otorgarán derechos basados en la igualdad de los hombres<sup>3</sup> y la transformación del derecho, en específico el penal.

Luis Prieto Sanchís, en su obra *La filosofía penal de la ilustración*, sostiene que existieron cuatro ideas fundamentales de la filosofía penal ilustrada: 1) secularización y racionalización del derecho penal, 2) finalidad de la pena (dulcificación), 3) principio de legalidad y 4) reforma del derecho procesal. Estas ideas, junto con los derechos inherentes que proclamaban los instrumentos declarativos señalados, iniciarán una nueva ruta del derecho penal y de los derechos humanos, en donde el imperio de la ley —principio de legalidad— tendrá como rasgo característico la consideración de una misma ley para todas las personas.

A partir de estas ideas, comienza a transformarse la idea de aceptar legalmente la discriminación, rompiendo con una tradición jurídica que se presentó durante siglos —incluso milenios— en la historia de Occidente.

Sin embargo, no es hasta que culminó la Segunda Guerra Mundial que surgió la acertada idea de que todo ser humano tiene un cúmulo de derechos que son inherentes a él por el simple hecho de ser persona, así como que estos deben ser consagrados en un instrumento internacional común para todas las naciones. Es así como nace la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el 10 de diciembre de 1948.

## 2. Conceptos

A continuación, desarrollaremos los conceptos que consideramos se relacionan con el objetivo del presente documento.

### a. Principio de igualdad

La idea de igualdad, bajo las claves con que actualmente la entendemos, es más o menos reciente. Como apuntamos, tiene su origen en el pensamiento jurídico de la ilustración del siglo XVIII y se consolida con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en cuyo preámbulo podemos leer:

... los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.

En este sentido, el artículo 1º del mismo instrumento establece que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

Existen diversas posturas sobre el alcance de este concepto. Para efectos del presente escrito, nosotros consideramos que existen dos posturas sobre la igualdad. La primera de ellas nos remite a la denominada *igualdad ante la ley*, que puede traducirse como una misma ley para todas las personas. Esto implica que las normas son de carácter general y, a menos que exista una justificación válida, nadie puede sustraerse de ellas, así como tampoco puede existir un trato diferenciado en la aplicación de la ley. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contiene diversas disposiciones que dan cuenta de este tipo de igualdad; por ejemplo, el artículo 4º sostiene que la mujer y el hombre son iguales ante la ley.

El derecho internacional de los derechos humanos también ha tenido un desarrollo en esta misma línea. Basta echar un ojo a lo previsto en el artículo 26 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*:

**Artículo 26.** Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección

<sup>3</sup> Inicialmente, solo a un grupo determinado de hombres, aunque de manera posterior serán expansivos a todos los individuos.

## Apuntes sobre la discriminación, los derechos humanos y el derecho penal

de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Es preciso puntualizar que el principio de igualdad es una de las piedras angulares del derecho internacional de los derechos humanos, siendo que los dos principales pactos recogen estos derechos para complementar el artículo 7° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, relativo a la igualdad ante la ley. En este sentido, se ve reafirmada la Carta, de tal suerte que la igualdad ante la ley es un principio y a la vez una norma.

Por otro lado, existe otra posición sobre la igualdad consistente en considerarla como igualdad material, que parte de la idea de que la igualdad ante la ley es solamente el primer paso; sin embargo, no es suficiente que el Estado dicte normas no discriminatorias, sino que debe considerar también la situación social en que se encuentran los individuos a quienes será aplicada la ley. Bajo esta concepción, el Estado no se limita a garantizar el principio de igualdad ante la ley, sino que también es su deber encargarse de la remoción de obstáculos socioeconómicos o de otra índole que deriven en una situación de desigualdad material o real, para que el principio en cuestión pueda materializarse de manera efectiva entre los miembros de la sociedad.

En la lectura *El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*,<sup>4</sup> Encarnación Carmona Fuente sitúa como primer antecedente de una constitución que recoge la idea de materialidad del principio de igualdad a la Constitución italiana de 1947, la cual establece en su numeral 3.2. lo siguiente:

Es misión de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno

desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.

A manera explicativa, en la lucha por la igualdad de género, acertadamente se comenzó por la salvaguarda de los derechos de la mujer; no obstante, entraña la necesidad de equidad real, igualdad de oportunidades, lo cual resulta fundamental para erradicar la desigualdad socioeconómica. Es decir, no busca un mero reconocimiento ante la ley, sino también la materialización del mismo.

### b. Derechos humanos

Uno de los conceptos que tiene mayor impacto en el mundo jurídico contemporáneo es el relativo a los derechos humanos, que muchas veces son denominados *derechos fundamentales*.<sup>5</sup> Las razones son múltiples, pero una que sobresale por encima de las otras es el hecho de que son el eje angular sobre el cual se sustentan los Estados democráticos y constitucionales de derecho.

Ante la diversidad de definiciones que existen sobre la materia, para este escrito concebimos a los derechos humanos como derechos subjetivos que tutelan libertades fundamentales, aseguran la igualdad y garantizan la satisfacción de mínimos necesarios para la vida.<sup>6</sup> Esta definición nos acerca a una visión universalista de este tipo de derechos, al asentar su vinculación con la igualdad, misma que resulta necesaria para el mantenimiento del Estado de derecho. De manera adicional, es importante considerar que los derechos humanos pueden ser ubicados bajo dos supuestos, siguiendo los planteamientos de Robert Alexy y Aharon Barak:

1. Derechos absolutos (reglas). Son aquellos que no admiten una restricción o una justificación para limitarlos; por ejemplo, ningún juicio criminal podrá tener más de tres instancias o la

<sup>4</sup> Encarnación Carmona Cuenca, "El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, número 84, p. 272.

<sup>5</sup> Tenemos presente que parte de la doctrina en la materia sostiene una diferencia tajante entre derechos humanos y derechos fundamentales. Nosotros no la negamos, pero consideramos que en la práctica no tiene impacto ya que en un proceso judicial pueden usarse de manera indistinta, visión a las que nos apegamos en este escrito.

<sup>6</sup> Carreón Perea, Manuel Jorge, *Manual de derechos humanos*, México, INEPPA-UBIUS, 2020, p. 19.

prohibición de conductas como la tortura, desaparición forzada de personas o ejecución extrajudicial.

2. Derechos relativos (principios). Admiten limitaciones o restricciones a su supuesto de hecho, por ejemplo, derecho a la libertad de circulación o de expresión.

### c. Derecho a la no discriminación

Como adelantamos, el artículo 1° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que todos nacemos libres e iguales en dignidad y derechos, haciendo referencia al principio de igualdad. Mientras que el artículo 2° de la misma hace referencia al principio de no discriminación, al establecer: “toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición...”<sup>7</sup> No pasa desapercibido el papel que se le brindó a la igualdad y a la no discriminación en el documento fundacional del sistema internacional de protección a los derechos humanos.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que el derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones: una negativa, relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y otra positiva, relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados.<sup>8</sup>

Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos prevé ambas concepciones, pues se entendió la importancia de erradicar prácticas que menosprecian a un grupo social. En este orden de ideas, la discriminación es como una enfermedad que se propaga de generación en generación, bajo la falsa creencia de que existen personas “superiores” e “inferiores”;

sin embargo, es claro que este pensamiento debe ser erradicado. Es por ello que, a partir de este y otros instrumentos nacionales e internacionales, se ha procurado buscar un ambiente de convivencia social sana del cual todos podamos formar parte.

### d. Discriminación como tipo penal

Si recordamos la redacción del artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, podemos apreciar que se establece un mandato preciso a los Estados: prohibir, mediante la ley, toda forma de discriminación.

El mandato establecido en ese artículo es vinculante para todo Estado que haya ratificado este convenio internacional. En México se ha traducido en dos vías legislativas:

1. Tipificación del tipo penal de discriminación en el Código Penal Federal y en la mayoría de los códigos penales sustantivos vigentes en la mayoría de las entidades federativas del país.
2. Creación de leyes específicas en materia de combate a la discriminación como son la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación y la Ley para Prevenir, Atender, Sancionar y Eliminar la Discriminación en el Estado de Hidalgo.

### e. Discriminación por motivos de género

Históricamente, las mujeres forman parte de un grupo en desventaja, el cual no ha logrado el pleno goce, disfrute y ejercicio de sus derechos. La Encuesta Nacional en Vivienda de 2017, realizada por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), nos muestra que el 71.9% de los ciudadanos considera que en México hay discriminación por ser mujer y el 47.6% de la población considera que la discriminación contra las mujeres en el país aumentó en el último año.<sup>9</sup>

De acuerdo con ONU Mujeres,<sup>10</sup> la violencia contra mujeres y niñas es una de las violaciones de los dere-

<sup>7</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos, París, Francia. Asamblea General, 10 de diciembre de 1948. Recuperado de: [https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf)

<sup>8</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°14: Igualdad y no discriminación*, Costa Rica, 2019, p. 10. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo14.pdf>

<sup>9</sup> Comisión Nacional de los Derechos Humanos, “Encuesta Nacional en Vivienda por segmentos equidad de género”, México, noviembre de 2017, pp. 4 y 19. Recuperado de: [https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/programas/mujer/8\\_EncuestasOpinion/Reporte\\_CNDH\\_2017\\_Nacional.pdf](https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/programas/mujer/8_EncuestasOpinion/Reporte_CNDH_2017_Nacional.pdf)

<sup>10</sup> ONU Mujeres México, “Violencia Femicida en México”,



chos humanos más arraigada y tolerada en el mundo; siendo tanto la causa como la consecuencia de esto la desigualdad y la discriminación por motivos de género. Es por ello que en nuestro país se han estado impulsando varias leyes y reformas en pro de la igualdad, tales como la Ley General para la Igualdad entre Hombres y Mujeres y la Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

La violencia que viven las mujeres a lo largo del mundo puede ser económica, psicológica, física, sexual, en línea o digital, y trae consigo diversos delitos, tales como la trata de personas, el matrimonio infantil, la mutilación genital femenina, el acoso sexual y el ciberacoso, la violación y el feminicidio.

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos de activistas que buscan eliminar la violencia de género, de acuerdo con Ana Karen García, analista de indicadores macroeconómicos y de desarrollo social del periódico *El Economista*, casi tres mujeres al día fueron víctimas de feminicidio en México durante 2019.<sup>11</sup> Por ello, nuestro Código Penal Federal prevé el delito de feminicidio en su artículo 325, estableciendo que comete el delito de feminicidio quien priva de la vida a una mujer por razones de género; es decir, feminicida es quien asesina a una mujer por el solo hecho de ser mujer, con lo cual, además, podrían sentarse las bases para hablar sobre un delito de odio.

Este y otros tipos de discriminación, que nacen de un estereotipo o prejuicio, traen consigo violencia y el menoscabo de los derechos humanos. Es por ello que el proceso de transformación hacia una sociedad igualitaria compete a todos los habitantes de México y del mundo, pues no solamente los ordenamientos jurídicos pueden proteger a la sociedad, sino que los mismos ciudadanos debemos cambiar nuestra mentalidad para avanzar hacia un estado de legalidad, donde los ordenamientos jurídicos no se queden en simples palabras y cumplan efectivamente con su finalidad.

### 3. Su regulación en el mundo

En el contexto internacional, existen múltiples convenciones internacionales y regionales destinadas a combatir la discriminación. La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia son algunas de ellas.

La tipificación del delito de discriminación no es homogénea en Latinoamérica. Las diversas codificaciones penales de la región le otorgan una definición distinta y rangos de penalidad dispares. Veamos algunos ejemplos.

En Guatemala, se estipula de la siguiente manera:

Tabla 1.

Legislación	Artículo 202 Bis del Código Penal
Redacción	Se entenderá como discriminación toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de género, raza, etnia, idioma, edad, religión, situación económica, enfermedad, discapacidad, estado civil, o en cualesquiera otro motivo, razón o circunstancia, que impidiere o dificultare a una persona, grupo de personas o asociaciones, el ejercicio de un derecho legalmente establecido incluyendo el derecho consuetudinario o costumbre, de conformidad con la Constitución Política de la República y los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos.
Penalidad	Prisión de uno a tres años y multa de quinientos a tres mil quetzales.

2019. Recuperado de: <https://mexico.unwomen.org/es/digiteca/publicaciones/2019/05/infografia-violencia-feminicida-en-mexico#view>

<sup>11</sup> García, Ana Karen, “¿Por qué es necesario tipificar el feminicidio en México?”, *El Economista*, 2020. Recuperado de: <https://www.economista.com.mx/politica/Por-que-es-necesario-tipificar-el-feminicidio-en-Mexico-20200209-0013.html>

En el Perú la redacción legislativa se encuentra prevista así:

Tabla 2.

Legislación	Código Penal, artículo 323
Redacción	El que, por sí o mediante terceros, realiza actos de distinción, exclusión, restricción o preferencia que anulan o menoscaban el reconocimiento, goce o ejercicio de cualquier derecho de una persona o grupo de personas reconocido en la ley, la Constitución o en los tratados de derechos humanos de los cuales el Perú es parte, basados en motivos raciales, religiosos, nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad de género, idioma, identidad étnica o cultural, opinión, nivel socio económico, condición migratoria, discapacidad, condición de salud, factor genético, filiación, o cualquier otro motivo
Penalidad	Pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de tres años, o con prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas.

Veamos el caso de Uruguay. La discriminación se considera como una agravante del delito de homicidio (artículo 312), pero en el Código Penal no se utiliza este término para referirse a las conductas que comúnmente se engloban dentro de la discriminación:

Tabla 3.

Legislación	Código Penal, artículo 149 Bis
Redacción	(Incitación al odio, desprecio o violencia hacia determinadas personas) El que públicamente o mediante cualquier medio apto para su difusión pública incitare al odio, al desprecio, o a cualquier forma de violencia moral o física contra una o más personas en razón del color de su piel, su raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual.
Penalidad	Dieciocho meses de prisión.

El caso de España tiene particularidades que no encontramos en otros países hispanoamericanos. El artículo 314 del Código Penal prevé la “grave discriminación” en el empleo y sanciona la conducta con pena de prisión de seis meses a dos años. Asimismo, en el artículo 510 se contemplan como actividades delictivas:

- a. Fomentar, promover o incitar, ya sea directa o indirectamente, públicamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia.
- b. Producir, elaborar y poseer, con finalidad de distribuir y facilitar el acceso, distribución, difusión o venta, material que por su contenido sea idóneo para fomentar, promover o incitar al odio o discriminación.
- c. Negar, trivializar o enaltecer los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.

Existen otras conductas delictivas con menor penalidad (seis meses a dos años) previstas en este mismo artículo:

- d. Lesionar la dignidad de las personas a través de actos de humillación, menosprecio o descrédito.
- e. Enaltecer o justificar por cualquier medio de expresión los delitos que se hubiesen cometido contra un grupo.

#### 4. Su regulación en México

Desde el año 2001, nuestro artículo primero constitucional<sup>12</sup> establece que:

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

En el año 2011 se elevaron a rango constitucional los derechos humanos consagrados en la Constitución y aquellos contenidos en los tratados internacionales (no instrumentos) que hayan sido ratificados por el Estado mexicano.

De esta manera, el máximo ordenamiento jurídico en el país prevé la protección de los derechos humanos, y prohíbe cualquier tipo de discriminación e impone a todas las autoridades la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Tomando en cuenta la relevancia del derecho humano a la no discriminación, también contamos con la ya mencionada Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación. De acuerdo con el artículo 1º de la ley, su objeto es “prevenir y eliminar todas las formas de discriminación que se ejerzan contra cualquier persona en los términos del Artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como promover la igualdad de oportunidades y de trato”.<sup>13</sup>

Asimismo, esta ley regula al Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED), organismo descentralizado, sectorizado a la Secretaría de Gobernación, que tiene por objeto: (i) contribuir al

desarrollo cultural, social y democrático del país; (ii) llevar a cabo las acciones conducentes para prevenir y eliminar la discriminación; (iii) formular y promover políticas públicas para la igualdad de oportunidades y de trato a favor de las personas que se encuentren en territorio nacional, y (iv) coordinar las acciones de las dependencias y entidades del Poder Ejecutivo federal, en materia de prevención y eliminación de la discriminación.

En este orden de ideas, el CONAPRED es la institución rectora para promover políticas y medidas tendientes a contribuir al desarrollo cultural y social, para avanzar en la inclusión social y garantizar el derecho a la igualdad, que es el primero de los derechos fundamentales previstos en nuestra Constitución federal. Este organismo no sanciona, pero sí aplica, en diferentes supuestos, medidas administrativas a favor de una cultura por la igualdad y la no discriminación.

En materia criminal, el tipo penal de discriminación ha sido incluido de manera diversa en los diferentes códigos penales de las entidades federativas, con lo cual se busca garantizar la efectiva protección de la igualdad entre los ciudadanos y castigar severamente la discriminación para evitar la reincidencia, aunque esto puede tener impactos negativos al encontrar entidades federativas en donde no es sancionada.

#### 5. Análisis

La discriminación, en su sentido más llano, implica negar la igualdad que se promueve desde los derechos humanos. Además de su impacto personal (quien la resiente), debemos ser conscientes de que también abarca un espectro público, por lo cual es menester tomar medidas para erradicarla. Una de ellas —aunque no la más idónea— es la tipificación de la conducta en la legislación penal de los países o estados, en el caso de los Estados federales.

De manera desafortunada, no encontramos una homologación a nivel internacional sobre la tipificación de esta conducta, lo cual abre márgenes de discrecionalidad no solo en el ámbito legislativo (redacción normativa), sino también en el referente a la forma en cómo se sanciona (margen de punibilidad). Una consecuencia que se deriva de esto es, por obvias razones, la impunidad.

<sup>12</sup> Congreso de la Unión, “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, última reforma publicada en el DOF el 28 de mayo de 2021. Recuperado de: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1\\_280521.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_280521.pdf)

<sup>13</sup> Congreso de la Unión, “Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación”, última reforma publicada en el DOF el 21 de junio de 2018. Recuperado de: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/262\\_210618.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/262_210618.pdf)

Para atender esta cuestión existen dos vías, dependiendo del ámbito al cual habremos de referirnos. A continuación, se exponen los dos.

1. En el ámbito internacional, la creación de un convenio de naturaleza internacional para combatir la discriminación de manera general y no particular. Un ejemplo que podría darle sentido a lo anterior es la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, pero como su nombre lo indica su ámbito de aplicación es reducido.
2. En la esfera nacional, específicamente el caso de México en el cual existe una profusión de leyes penales, sería necesaria la creación de un código nacional penal aplicable a todo el país o una ley general a la manera de la existente en materia de trata de personas, que establece tipos penales específicos y de aplicación en la toda la República mexicana.



## La necesidad de sancionar el peculado en todas sus manifestaciones

Norberto J. de la Mata Barranco\*

UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO (UPV/EHU),  
Catedrático de Derecho Penal

Correo electrónico: norbertojavier.delamata@ehu.es

**RESUMEN:** Una correcta lucha contra la corrupción requiere la tipificación de determinadas conductas lesivas de la correcta gestión del presupuesto público. Para ello la mayoría de las legislaciones del mundo cuenta con preceptos destinados a sancionar la apropiación de caudales públicos. Pero no todas contemplan la administración desleal de los mismos ni, mucho menos, la desviación de fondos públicos. La sanción de ambas conductas es hoy en día absolutamente necesaria, aunque no suficiente.

**PALABRAS CLAVE:** Corrupción, cohecho, peculado, malversación, administración desleal, fondos públicos

**ABSTRACT:** A correct fight against corruption requires the punishment of certain behaviors harmful to the correct management of the public budget. For this, the majority of laws in the world have provisions aimed at sanctioning the appropriation of public funds. But not all of them contemplate their unfair administration, much less the diversion of public funds. The sanction of both conducts is nowadays absolutely necessary, although not sufficient.

**KEY WORDS:** Corruption, bribery, embezzlement, misappropriation, diversion of property, public funds

**SUMARIO:** 1. Apuntes terminológicos sobre el concepto de corrupción. 2. El bien jurídico a tutelar en los delitos de corrupción. 2.1. Primera aproximación. 2.2. Distintas propuestas. 2.3. Alguna conclusión. 3. Los delitos de peculado, malversación, apropiación, administración desleal o desviación de fondos públicos en el contexto de la lucha contra la corrupción. 3.1. Apuntes sobre el bien jurídico concretamente tutelado 3.2. Conductas típicas. 3.3. Administración desleal, desviación de fondos y despilfarro injustificado.

\* ORCID 0000-0003-2308-5687. ID Research D-3829-2018. Grupo consolidado de investigación IT 1486-22.

## 1. Apuntes terminológicos sobre el concepto de corrupción

El fenómeno de la corrupción debiera interesar, desde un punto de vista jurídico-penal, no tanto, o en absoluto, por el enriquecimiento patrimonial que conlleva para quienes participan de él, sino por el perjuicio que pueda generar para intereses merecedores y necesitados de tutela. Esta perspectiva no puede dejar de atenderse desde el derecho penal, al menos por quienes sigan creyendo en la institución del bien jurídico —en cuanto a su contenido material— como pilar fundamental en la construcción de este.

Sin embargo, esto es algo de lo que a menudo se prescinde. Y así se observa a simple vista si nos fijamos en las reformas que en esta sede se están produciendo en buen número de ordenamientos jurídicos y en las invitaciones que, a nivel internacional, realizan organizaciones de carácter supraestatal para abordar dicho fenómeno desde diferentes ángulos, muy diversos, que lo único que tienen en común es el extender el campo de intervención penal sin que en ocasiones se sepa con qué justificación.

Todavía hoy, y a pesar de nuevos campos de interés —particularmente en el ámbito político y en el económico, en relación con cuestiones como la tutela de la libre competencia, el secreto de empresa o el libre desenvolvimiento de los mercados—, es la corrupción en el funcionamiento de la Administración Pública la que seguramente continúa mereciendo mayor atención por parte de los diferentes legisladores en el derecho comparado.

En este ámbito, se dice que la corrupción se produce cuando el poder que ha sido entregado por el Estado a una persona a título de administrador público —o sea, para gestionarlo de acuerdo con los intereses generales— no se utiliza correctamente, al desviarse su ejercicio, defraudando la confianza de sus mandantes, para obtener un enriquecimiento personal.<sup>1</sup> De acuerdo, pero ¿en qué se traduce ese desvío del ejercicio público y por qué ha de responderse a él penalmente? Si no acertamos a definir el interés que se lesiona o se pone en peligro con ese desvío o no podemos predicar del que se describa su susceptibilidad de tutela penal, toda intervención en este ámbito debiera estar vetada.

Frecuentemente se insiste en la dificultad de encontrar un único bien jurídico como objeto de tutela de las distintas figuras de corrupción en su sentido más estricto —de cohecho, si se prefiere, en la terminología de los códigos penales español o mexicano—<sup>2</sup>, propia e impropia, del funcionario —pasiva— o al funcionario —activa—, especialmente por la tipificación de conductas, cuya legitimidad puede cuestionarse, vinculadas más que a la idea de una correcta gestión administrativa a cuestiones de carácter ético en relación con un enriquecimiento ilícito del funcionario que también podrá surgir, no obstante, con otras muchas formas de corrupción —en sentido más genérico— que no requieren una relación ilícita entre funcionario y particular —prevaricaciones, malversaciones o peculados, concusiones o abusos en el cargo de cualquier clase— diferentes de lo que representa en sí el cohecho, y cuyo único denominador común se cifra justamente en este enriquecimiento y en el intento por evitar toda clase de colusión entre la función pública y el interés privado. Pero que con los delitos de cohecho se persiga la finalidad de eliminar la corrupción en la Administración Pública no implica considerar que el bien jurídico sea, por ejemplo, el interés en evitar que los funcionarios ejerciten sus funciones en atención a las recompensas entregadas u ofrecidas a los mismos, pues este puede no reunir las características que han de predicarse de todo objeto de tutela penal. Habrá de concretarse no ya solo, aunque también, qué es la corrupción —en lo que existe amplio consenso—, sino en qué medida —con objeto de tutelar qué interés capaz, necesitado y merecedor de tutela— debe intervenir frente a ella un derecho penal en absoluto legitimado para actuar ante conductas únicamente faltas de ética o contrarias a reglamentos funcionariales.

Y aquí no ayudan, como se decía, la Convención Interamericana de 1996, el Convenio de la Unión Europea de 1997, la Convención del Consejo de Europa de 1999, el Convenio de Naciones Unidas de 2003 o la Decisión 2003/568/JAI, cada texto con su propio concepto de corrupción e instando a sancionar conductas de muy diferentes espectros: desde el clásico

<sup>1</sup> Así, Nieto García, *Corrupción en la España democrática*, Ed. Ariel, Barcelona, 1997, p. 7.

<sup>2</sup> Téngase en cuenta la diferente terminología de cada ordenamiento —o de las respectivas doctrinas— que no impide poder distinguir en todos ellos —punibles o no— el cohecho denominado pasivo o corrupción del funcionario, propio e impropio, y el cohecho denominado activo o corrupción al funcionario, propio e impropio.

cohecho, hasta el terrorismo, la financiación ilegal o la trata de personas.

## 2. El bien jurídico a tutelar en los delitos de corrupción

### 2.1. Primera aproximación

Vinculando directamente los delitos estrictos de corrupción —en sus distintas modalidades— con el propio concepto de corrupción, ha sido recurrente considerar en las definiciones que se proponen del objeto de tutela de estos delitos —sobre todo, pero no exclusivamente, en otras épocas y refiriéndose sobre todo a la figura del cohecho— la idea de incorruptibilidad y, desde similar perspectiva, el interés que existe en que los funcionarios públicos no incurran en corrupción. Amplia acogida ha tenido también en la doctrina el concepto de integridad.<sup>3</sup>

Con acierto, sin embargo, se ha insistido en que la integridad del funcionario interesa en la medida en que afecte al correcto desenvolvimiento de la función que le compete,<sup>4</sup> sin que pueda argumentarse a favor de estas posturas el que la consumación de determinadas figuras no exige la realización material de acto alguno por el funcionario público, pues tales previsiones pueden no responder sino a la voluntad de adelantar las barreras de protección penal, y sin que con ello deje de ser dicha realización la razón por la que se estimen punibles las conductas descritas.

Las alusiones específicas a la idea de incorruptibilidad o integridad evocan en todo caso esa caracterización que tradicionalmente se ha venido haciendo de los delitos cometidos por los funcionarios públicos como delitos de infracción de un deber, en los que el bien tutelado se cifra precisamente en el correcto o fiel desempeño de las funciones del cargo o en el no quebrantamiento o dejación de los deberes que le son propios, como los de fidelidad, lealtad o probidad, términos similares a aquellos y muy frecuentes en muchos autores.<sup>5</sup>

Frente a ellas, y refiriendo la crítica específicamente al ámbito del cohecho, a menudo se insiste, sin embargo, en que este tipo de construcción cifra el bien jurídico en conceptos demasiado genéricos para ser de alguna utilidad —de fórmula vacía y genérica incapaz de constituir un objeto de agresión autónomo se hablará en la doctrina italiana—, en cuanto no permite diferenciar los delitos de corrupción de otros delitos contra la Administración<sup>6</sup> y dificulta la posibilidad de ofrecer un objeto de tutela común a las diferentes figuras de cohecho<sup>7</sup> —de ahí las matizaciones de muchos autores, que a alguno le llevan a proponer objetos de tutela diversos—, al margen de la recurrente alegación jurisprudencial de que al particular se le sanciona en cuanto su conducta se entiende que induce al funcionario a la infracción de esos deberes que le son propios.<sup>8</sup>

Como es sabido, ha sido corriente de opinión extendida en Alemania la postura que desde la teoría del *deber del cargo* fundamenta el injusto de los delitos de funcionarios en la infracción del deber específico de su función. La referencia al mismo alude a un deber subjetivo originado por la particular relación que une al funcionario con el Estado, que en ocasiones se quiebra en un sentido de infidelidad, deslealtad o traición a la confianza que se deposita en él.<sup>9</sup>

No obstante, es ya lugar común en la doctrina insistir en que la mera infracción de un deber no puede fundamentar la intervención penal si no se pone en relación con el sustrato del que deriva el mismo; y, en derecho penal, con un determinado objeto de tutela sobre el que se proyecta la obligación de garantizar su indemnidad. Si la infracción del deber se configura en sentido subjetivo y exclusivamente desde el punto de vista de la relación entre el Estado y el funcionario, la interpretación de los tipos penales, se dirá, no solo se empobrece sino que adquiere tintes autoritarios,<sup>10</sup> confundiendo además en tal planteamiento el in-

<sup>6</sup> Por todos, Valeije Alvarez, “Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, T. XVIII, 1995, p. 368.

<sup>7</sup> Destaca esta idea en Italia, Pagliaro, *Principi di diritto penale, Parte Speciale I, Delitti contro la pubblica amministrazione*, novena edición, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2000, p. 144.

<sup>8</sup> Así lo explicaba Rodríguez Puerta, *El delito de cohecho, Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Ed. Aranzadi, Navarra, 1999, p. 47.

<sup>9</sup> Por todos, Wagner, *Amtsverbrechen*, Duncker & Humblot Verlag, Berlín, 1975, p. 28.

<sup>10</sup> Así, García Arán, *La prevaricación judicial*, Ed. Tecnos, 1990, p. 37.

<sup>3</sup> Véanse las distintas referencias que a esta diferente terminología se efectúan, con citas de numerosos autores, en De la Mata Barranco, “El bien jurídico protegido en el delito de cohecho”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 17, 2006, pp. 91 y ss.

<sup>4</sup> Por todos, Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación del funcionario público*, Ed. Civitas, Madrid, 1980, p. 147.

<sup>5</sup> Ampliamente, De la Mata Barranco, *La respuesta a la corrupción pública*, Ed. Comares, Granada, 2004, pp. 53 y ss.



## La necesidad de sancionar el peculado en todas sus manifestaciones

cumplimiento del deber del cargo con las relaciones de servicio y anulándose la capacidad de distinguir el delito de la infracción disciplinaria.<sup>11</sup>

Ha de reiterarse una vez más la insuficiencia de la tesis del incumplimiento de deberes para explicar el contenido del injusto penal de los delitos contra la Administración, independientemente de cualquier otra consideración sobre cada particular objeto de protección, por su propia incapacidad para ello. De ahí que progresivamente se haya ido abriendo paso en la doctrina la crítica a que el incumplimiento de deberes de fidelidad y probidad en sí, de hecho existentes y relevantes, pueda constituir el contenido material del injusto de tales delitos.<sup>12</sup>

En una remisión ya clásica, cabe afirmar que:

El deber del cargo no puede constituirse, en sentido técnico jurídico-penal, en objeto de protección penal, ya que, en todo caso, su relevancia se establece como concepto que existe en función de la protección de un verdadero bien jurídico [...] el sostenimiento del ‘deber del cargo’ como objeto de protección de los ‘delitos de funcionarios’ implica, además de una concepción política inaceptable, una visión formalista y abstracta del bien jurídico, incompatible con las funciones limitadoras del *ius puniendi* estatal que le son comúnmente atribuidas.<sup>13</sup>

Parece acertado, por ello, seguir ya de entrada las posturas que tratan de objetivar el deber del funcionario, negando que el injusto descansa en la lesión de la relación funcionarial y cifrándolo en el correcto ejercicio de la función pública, siempre desde la perspectiva de los ciudadanos, frente a los cuales el deber de la Administración y de sus órganos operativos físicos —los funcionarios o servidores públicos— cobra auténtica relevancia penal.<sup>14</sup>

El desvalor de la conducta típica y, por tanto, la relevancia de la cualidad del sujeto activo de quien se exige aquella integridad, aquella actuación conforme a los deberes que le son propios, ha de interpretarse

se desde la concreción del bien que objetivamente se pretende tutelar y solo puede tenerse en cuenta —y así ocurre en todos los delitos especiales— para atender la mayor vulnerabilidad que frente a tal sujeto presente dicho bien. De ahí que de alguna manera pueda aludirse a la posición de garante que debe desempeñar frente al mismo. La mera infracción de un deber, la “deslealtad”, no puede fundamentar la intervención penal si no se relaciona con el sustrato del que deriva dicho deber, un objeto de tutela penal concreto de cuya indemnidad es garante el funcionario. Cabe aceptar su relevancia, en cuanto podrá derivar en un incorrecto ejercicio de la actividad administrativa. Pero de tal aceptación no habrá que deducir la lesión del bien jurídico-penal tutelado siempre que el depositario de la función pública infrinja uno de sus deberes.

De este modo, la relevancia de la infracción de los deberes del cargo no se cifra en la quiebra de la fidelidad o lealtad a la condición pública, sino en la de la salvaguarda de un interés digno y merecedor de protección penal que compete particularmente a quien se encuentra en situación especial de dominio sobre dicho interés, enmarcado en los objetivos que caracterizan el servicio que fundamenta la existencia de la Administración, un servicio que debe atender a imperativos de legalidad, objetividad y eficacia, entre otros.<sup>15</sup>

Téngase en cuenta, por otra parte, que cuando se habla de corrupción, en los últimos tiempos, también se alude a la *corrupción privada* o *de los negocios*, que nada tiene que ver con lo público, sino con la tutela de otros intereses. A ello no se hará referencia en cuanto sigue.

## 2.2. Distintas propuestas

Como han destacado ya numerosos autores, la denominación de los títulos que en las diferentes legislaciones acogen los delitos de corrupción —que no son sino delitos contra la “Administración Pública” y, en cierta medida, “Delitos cometidos por servidores públicos”, como dirá la regulación mexicana— recoge claramente la evolución doctrinal sobre su contenido, permitiendo huir de la concepción que los reduce a

<sup>11</sup> Expresamente, Morillas Cueva/Portilla Contreras, “Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias”, en *Comentarios a la legislación penal*, Dirigidos por Cobo del Rosal, Coordinados por Bajo Fernández, Tomo XVI, Edersa, Madrid, 1994, p. 180.

<sup>12</sup> Véase, por todos, Octavio de Toledo y Ubieta, *La prevaricación*, cit., pp. 218 ss.

<sup>13</sup> Octavio de Toledo y Ubieta, *La prevaricación*, cit., p. 260.

<sup>14</sup> En estos términos, Morillas Cueva/Portilla Contreras, “delitos de revelación de secretos”, cit., p. 181.

<sup>15</sup> Véase De la Mata Barranco/Etxebarria Zarrabeitia, *Malversación y lesión del patrimonio público*, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, pp. 105 y 113.

meras infracciones de las obligaciones de los funcionarios para con la Administración. No interesan las relaciones internas que se establezcan en ella, su estructuración orgánica y la vinculación del funcionario con la institución, sino el desarrollo de la propia función pública que, hoy en día, exige una acomodación a los parámetros constitucionales que delimitan su correcta gestión y, sin duda, desde la consideración democrática y social del Estado al que sirve, su aspecto prestacional.<sup>16</sup> Con ello se subraya que toda actividad pública está embebida de la noción de función orientada a la sociedad y se posibilita un criterio de delimitación respecto de las infracciones disciplinarias propias de las relaciones administrativas internas.<sup>17</sup>

La priorización del elemento de la función pública por encima del elemento del deber tiene la virtud de situar en el centro de la protección penal un criterio de legitimidad material propio de la esencia del bien jurídico, que garantiza, con ello, su aspecto limitador del *ius puniendi* estatal.<sup>18</sup>

Y, además, esta concepción permite negar que cada vez que el funcionario infrinja los deberes que conlleva el correcto ejercicio de la función deba considerarse lesionado el objeto de tutela y explicar satisfactoriamente la agrupación sistemática de esta clase de delitos, en alguno de los cuales no concurre la condición de funcionario en el sujeto activo, pero puede contribuir a afectar la prestación de funciones públicas objetivamente consideradas.

Desde esta perspectiva, ha sido frecuente, sobre todo entre los autores alemanes, describir el bien jurídico protegido en los delitos de corrupción, si bien no de forma exclusiva, aludiendo a la quiebra de la autoridad estatal, la autoridad de la Administración o la autoridad en el ejercicio estatal de funciones públicas. En las doctrinas española e italiana será usual referirse a la tutela de la buena imagen de las administraciones públicas o de su dignidad y prestigio.<sup>19</sup> Y aquí nos referimos exclusivamente a lo que es corrupción

en su sentido más estricto (al margen de otros delitos como la prevaricación, la malversación o el tráfico de influencias que tienen un componente corrupto pero que quedan abarcadas por el concepto amplio de corrupción vinculado, más que al encuentro delictivo de dos personas, a la idea de abuso de poder).

Las críticas que se efectúan contra este tipo de posturas inciden fundamentalmente en su dudosa legitimación desde las concepciones actuales del derecho penal, al ofrecer una visión autoritaria de la Administración a la que se concibe como fin en sí misma y no como organización al servicio del ciudadano, al margen de que, además, procuren criterios de concreción inseguros, genéricos, amplios o incluso vacíos de contenido para afirmar la relevancia penal de determinadas conductas. Es evidente que cualquier comportamiento irregular del funcionario puede lesionar o poner en peligro el prestigio de la Administración —depende cómo se interprete este—; pero por ello mismo estamos ante propuestas que en absoluto satisfacen ninguno de los aspectos fundamentales que el concepto central del bien jurídico exige al ordenamiento en orden a la precisión de los límites al *ius puniendi* estatal, al requisito de lesividad o peligrosidad de las acciones que pretenden penalizarse y a la necesidad de una correcta clasificación, desde el punto de vista material y valorativo, para la construcción de la parte especial del derecho penal.<sup>20</sup>

Una construcción también tradicional en la doctrina alemana ha venido vinculando el objeto de tutela de los delitos de corrupción a la protección de la voluntad estatal, que queda alterada o falsificada —se dirá— a través de los comportamientos corruptos, en cuanto la actuación de la Administración se distancia del respeto a la ley y a las decisiones que deben producirse conforme a ella, que lógicamente impide acoger la sanción de numerosas conductas corruptas (por ejemplo, en cohechos subsiguientes).

En todo caso, ya desde hace tiempo se insiste en la doctrina en que en la teorización que inspira la nueva perspectiva de enfoque de los delitos contra la Administración, en cuanto objeto de protección —en un Estado de derecho, social y democrático— no se corresponde ni con el conjunto orgánico ni con su dignidad o prestigio, sino con la función pública como actividad de prestación a los administrados.

<sup>16</sup> Por todos, Cugat Mauri, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1997, pp. 76 ss.; Olaizola Nogales, *El delito de cohecho*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pp. 83 y ss.; o Rebollo Vargas, *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1995, pp. 44 y ss.

<sup>17</sup> Véase, en este sentido, González Cussac, *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, 2ª edición, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 23.

<sup>18</sup> Expresamente Cugat Mauri, *tráfico de influencias*, cit., p. 99.

<sup>19</sup> Ampliamente sobre estas tesis, De la Mata Barranco, *La respuesta a la corrupción*, cit., pp. 62 ss.

<sup>20</sup> En estos términos Valeije Alvarez, “delito de cohecho”, cit., p. 354.

## La necesidad de sancionar el peculado en todas sus manifestaciones

En tal sentido, lo que se trata de tutelar no es un ente abstracto con independencia de su función jurídico-social, sino su correcto funcionamiento para que pueda servir con eficacia y objetividad a los intereses generales. No estamos por tanto solo ante un concepto objetivo y no subjetivo de la Administración, sino ante un concepto prestacional —como antes señalaba— que exige delimitar sus fines y concretar los principios que informan la adopción de decisiones de su competencia, respecto a lo cual el respeto a las previsiones constitucionales es ineludible, por consiguiente —primando según el caso unos u otros—, a los principios de coordinación, eficacia, imparcialidad, jerarquía, objetividad y, por supuesto, como concepto envolvente, legalidad.

Orientada la concreción del bien jurídico hacia una vertiente objetiva en la que se tenga en cuenta la Administración no en sí misma considerada, sino en lo que representa en cuanto al servicio que debe prestar a los ciudadanos, la mayoría de la doctrina actual opta por considerar bien jurídico protegido de los delitos de corrupción, genéricamente, al buen funcionamiento de la Administración.<sup>21</sup>

Como se afirma en la doctrina italiana, un buen funcionamiento de la Administración es entendido en términos de eficacia de la acción administrativa para la consecución de fines públicos y asociado —en este contexto— a la situación de ajenidad que respecto a intereses particulares ha de observarse en la actuación administrativa. Ello, se dirá, permite fundamentar todas las hipótesis de corrupción.

La alusión al correcto funcionamiento de la Administración, bien jurídico categorial o finalidad tuitiva común según diferentes terminologías constituye una referencia genérica y poco indicativa del contenido sustancial del injusto de cada una de las figuras agrupadas entre los delitos “contra la Administración Pública”, insuficiente además para determinar la necesidad de tutela penal. El núcleo esencial del injusto de cada particular tipo penal de entre los que se enmarcan en la protección de la Administración deberá concretarse por ello a partir de las características esenciales del proceso o la función administrativa de que se trate. Así, dicho funcionamiento se convierte

en objeto de tutela penal cuando su afección se acompaña de lesión a intereses que puedan cifrarse de forma específica y, aceptado exclusivamente como punto de arranque para averiguar el objeto de protección concreto de estos delitos, ha de sustituirse por otros referentes más concretos.<sup>22</sup>

Vinculado en cierta medida con las propuestas precedentes referidas a la tutela de la institución en sí, pero también como antecedente de las tesis más compartidas últimamente centradas en el funcionamiento de esta, el concepto de limpieza o pureza del servicio público también ha sido utilizado a menudo para describir el objeto de tutela de los delitos de corrupción.

Sin embargo, como en el caso de la tutela de la dignidad y prestigio de la Administración, estamos ante posturas que prescinden del servicio que esta ha de prestar a los ciudadanos, ofreciendo esa visión autoritaria a la que antes se aludía y que acertadamente se insiste en rechazar. Pero es que, además, la pureza del ejercicio de la actividad pública no debe significar otra cosa en nuestro modelo constitucional que la actuación en dicho ejercicio de conformidad con los parámetros que concretan jurídicamente cómo ha de desarrollarse el mismo.

Desde este punto de vista, en la doctrina son numerosas las referencias a los principios de igualdad, legalidad y objetividad como bienes jurídicos protegidos en los delitos de corrupción —o al menos en alguna de sus modalidades—, alternativamente o —lo que será más frecuente— conjuntamente con otros. Y, vinculado a ellos, el de imparcialidad.

La idea de imparcialidad —asociada al concepto de eficacia indiferente—, condición esencial para el correcto funcionamiento de la actividad pública según las previsiones constitucionales, se entiende en este contexto como ausencia de interferencia en la toma de decisiones públicas<sup>23</sup> o como deber de los poderes públicos de obrar con neutralidad y objetividad respecto a los intereses privados —con lo que en realidad no es sino una manifestación específica de la idea de legalidad—<sup>24</sup>, cualquiera que sea su naturaleza, operando como límite externo al buen funcionamiento de la Administración al garantizar la ausencia de arbitrariedad y la desigualdad de tratamiento entre

<sup>21</sup> Con ulteriores referencias. De la Mata Barranco, “Relación concursal entre los delitos de cohecho y prevaricación”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos In Memoriam*, Volumen II, Ed. Universidad de Castilla La Mancha-Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, pp. 939 y ss.

<sup>22</sup> Con ulteriores referencias. De la Mata Barranco/Etxebarria Zarrabeitia, *Malversación*, cit., pp. 102 y 114.

<sup>23</sup> Por todos, Rodríguez Puerta, *delito de cohecho*, cit., p. 84.

<sup>24</sup> Véase sobre esta idea Cugat Mauri, *tráfico de influencias*, cit., pp. 104 ss.

los sujetos destinatarios de los servicios que los poderes públicos vienen obligados a ofrecer a los ciudadanos.<sup>25</sup> Esto ha permitido incluso considerarlo bien jurídico medial para alcanzar la tutela de un derecho fundamental como es la igualdad de todos en la obtención de prestaciones públicas.<sup>26</sup>

Es cierto que la normativización del interés a tutelar posibilita una interpretación del delito despojada de componentes éticos o morales, así como la exclusión —o la restricción punitiva— de los supuestos en los que el citado interés no se vea seriamente afectado. Pero, si bien se ha señalado que el principio de imparcialidad viene preterido o puesto en peligro cada vez que los órganos de la Administración mantienen relaciones o sufren influencias por parte de los particulares fuera de las formas previstas en la ley, existen tipos delictivos —en muchas legislaciones, incluidas la española o la peruana— que o en absoluto o no necesariamente requieren una vulneración del mismo, lo que ya muchos autores no pueden dejar de reconocer, y que, aunque la imparcialidad puede verse afectada por determinados comportamientos, lo será en el mismo terreno de consideración jurídica y probablemente con menor evidencia, que por ejemplo la legalidad o la eficacia, según las diferentes modalidades del delito.

Realmente es difícil acertar a comprender en qué medida, por ejemplo, un funcionario vulnera el principio de imparcialidad cuando decide —inducido o no— cometer un delito de falsificación, violación de secretos, uso de información privilegiada o contrabando motivado por la recepción de una dádiva y no en cambio cuando la decisión se toma por la pretensión de obtener un beneficio derivado de la propia comisión delictiva. La dádiva podrá motivar su conducta, facilitar un mayor empeño en su desarrollo o favorecer la creación de estructuras delictivas, pero que desde luego no es la lesividad del principio de imparcialidad lo que se representa como elemento a captar por el dolo parece evidente, salvo en el caso de aquellas actuaciones delictivas relacionadas, por ejemplo, con delitos de prevaricación funcional o judicial o de ciertos abusos en el cargo, en función de la tipificación de cada código. Cuando se produzca

o se pretenda alguno de aquellos delitos, parece que será la tutela del bien jurídico que se trata de garantizar con su previsión la que, con independencia de cualquier otra consideración, puede fundamentar la intervención penal —aunque sea respecto a estadios preparatorios—, pero no la existencia de la dádiva y la supuesta parcialidad que no se concreta a qué afecta.

Incluso en aquellas figuras de corrupción estricta (cohecho propio) no vinculadas a la comisión posterior de un delito es difícil tratar de concretar en qué consiste la quiebra o puesta en peligro del principio de imparcialidad a que se alude en la doctrina. Las definiciones o explicaciones que aparecen en esta, por regla general —y creo que sin excepciones—, se asocian a la toma de decisiones o actuaciones vinculadas a comportamientos injustos o arbitrarios —prevaricaciones o abusos de autoridad, según la denominación que a esta figura se da en las diferentes legislaciones— que, sin embargo, pueden no dar lugar a esta clase de delitos, por ejemplo, y en el caso de la normativa española, por no representar resoluciones, no tener estas un carácter arbitrario o no actuar el funcionario a sabiendas de su injusticia. Pero es precisamente esa actuación que se condiciona a la recepción de la dádiva —aunque la misma no se produzca finalmente o no exista desde un principio intención de realizar— la que se tiene en cuenta para aludir a la quiebra de la imparcialidad, sea desde una perspectiva de lesión, sea desde la de un peligro más o menos concreto. Y de nuevo en tales casos no parece que sea, por tanto, la existencia de precio en sí lo que permite afirmar la vulneración del principio en cuestión. Sin embargo, téngase en cuenta que en tales casos la imparcialidad que se entiende menoscabada o puesta en peligro solo es objeto de tutela cuando dicho precio exista, porque, en caso contrario, la ejecución de un acto ilícito pero no injusto o la omisión del acto debido puede no dar lugar a respuesta penal alguna —dependerá de cada legislación y así ocurre en el caso español—, con lo que entonces parece que lo que realmente le importa al legislador evitar no es el acuerdo injusto o la omisión indebida, sino la ventaja patrimonial obtenida con ello.

Y es que, además, si se admite que incluso en las modalidades impropias del delito de cohecho se protege aquella, lo que está claro es que la imparcialidad sufre una metamorfosis por la que se convierte en un valor absoluto que tiene más en cuenta la idea de fide-

<sup>25</sup> Así, Valeije Alvarez, “delito de cohecho”, cit., p. 368.

<sup>26</sup> Acerca de la vinculación de este principio con el respeto al principio de igualdad, Cugat Mauri, *tráfico de influencias*, cit., p. 115; Rodríguez Puerta, *delito de cohecho*, cit., p. 83; o Valeije Alvarez, “delito de cohecho”, cit., p. 31.

## La necesidad de sancionar el peculado en todas sus manifestaciones

lidad del funcionario público. Y así podemos encontrarnos incluso con la incriminación de un peligro de peligro de peligro para la imparcialidad en la inducción a un supuesto de corrupción impropia respecto a un acto no ejecutado o, incluso, ante un peligro todavía más remoto, en caso de admitir la sanción de la complicidad en tales supuestos. Por todo ello, parece que cuando se recurre a la idea de imparcialidad para definir el bien tutelado en las diferentes figuras de corrupción se piensa más en aquellas modalidades vinculadas a la conclusión de un acuerdo injusto que es el que, en definitiva, puede conllevar su quiebra.

Por eso, con cierto componente a mi juicio de infracción de un deber —que muchos autores intentan objetivar—, la definición del objeto de tutela se ha tratado de formular a menudo también desde la idea del abuso en sí en el ejercicio de la función pública, aludiendo a la confusión de intereses públicos y privados, a la utilización del cargo en interés propio o, si cabe aún más explícitamente en cuanto a lo que implica la perspectiva bilateral de la corrupción en sentido estricto, a la utilización del cargo para la obtención de un beneficio o lucro ilícito o a la venta de un acto a realizar en el ejercicio del cargo.<sup>27</sup>

Estamos ante las tesis que, expresamente referidas a los delitos de cohecho o a figuras similares en el ámbito del enriquecimiento ilícito, han acuñado como bien jurídico los conceptos de no venalidad o no susceptibilidad de comercio, remuneración o compra del desempeño de la función pública.<sup>28</sup>

Tales posturas, obviamente, permiten sancionar conductas en las que no existe un peligro concreto para el servicio público, como en supuestos de cohecho pasivo impropio respecto de regalos recibidos en atención al cargo —incluso regalos de despedida—, conductas con independencia de la intención que se tenga al entregar o recibir la dádiva, conductas de cohecho subsiguiente o conductas vinculadas a la realización de actos lícitos y aunque no se demuestre relación alguna entre la retribución y la actividad del funcionario. En definitiva, cualquier hipótesis de corrupción, puesto que —como se ha señalado crí-

camente— se produce un proceso de transformación que golpea la esencia más característica de lo que es el cohecho, pasándose de una dimensión objetiva atenta al hecho a una dimensión subjetiva más atenta al autor.<sup>29</sup>

Se ha afirmado en la doctrina que en todas las figuras de corrupción existe, aunque a modo de objeto de referencia, la preocupación por evitar la actuación pública en interés privado, en el marco de la corrección del servicio que los poderes públicos han de prestar a los ciudadanos, estando presente, además, ese otro particular interés del funcionario que, acaso, pueda suscitarle la oferta que se le hace o que realmente se muestra cuando la insta o la acoge: el enriquecimiento injusto con que se le tienta, busca o encuentra. Ello parece evidente. Pero la protección, se dice también, se dirige más bien hacia uno de los factores que con mayor eficacia puede garantizar esa ausencia de interés privado en las actuaciones públicas: la no venalidad del ejercicio de estas funciones.

Así, se dirá, la inexistencia de interés privado en los actos de la función podrá ser la *ratio legis*; el criterio de agrupación de las figuras delictivas en estudio, el bien jurídico de esta categoría de delitos; pero es la no venalidad del desempeño de las funciones públicas, en cuanto falta de la cualidad de vendible o expuesto a la venta, lo que se constituye en bien jurídico protegido por la incriminación de todas y cada una de las modalidades de cohecho.

Desde esta postura, la no venalidad es el concreto bien jurídico de estos preceptos, que se lesionará en los supuestos de recepción o aceptación por el funcionario de lo que se le ofrece, en los de entrega por la otra parte de lo que el funcionario le solicita o en los de acogimiento por esa otra parte de la solicitud misma, poniéndose en peligro en aquellos supuestos en los que el correspondiente tipo no exija, para su consumación, más que el respectivo ofrecimiento; y en la medida en que la no venalidad abarca la mera exposición a la venta habrá también lesión en aquellos casos en que el delito se consuma con la simple solicitud del funcionario.<sup>30</sup>

Claro está que esta concepción permite legitimar cualquier figura de corrupción. La cuestión es si el

<sup>27</sup> Así, Pagliaro, *parte speciale I*, cit., p. 150. Ahora bien, téngase en cuenta que ello también puede ocurrir sin que se atienda retribución alguna; sin embargo, el derecho penal no intervendrá en tales supuestos, lo que parece indicar que no será entonces tanto la anteposición de unos intereses a otros lo que interesa evitar, cuanto la aceptación de la retribución.

<sup>28</sup> Ampliamente, De la Mata Barranco, *La respuesta a la corrupción*, cit., pp. 80 ss.

<sup>29</sup> En este sentido, Sgubbi, “Los delitos contra la Administración Pública”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 2000, p. 117.

<sup>30</sup> En estos términos, Octavio de Toledo y Ubieto, “Derecho penal, poderes públicos y negocios”, en *Libro homenaje a Torío*, Ed. Comares, Granada, 1999, pp. 870 a 873.

derecho penal es el instrumento adecuado de actuación para tutelar esa cualidad en el ejercicio de la función pública. Desde luego, se acomoda perfectamente a muchas regulaciones (incluida la española o la mexicana, aunque con ciertas lagunas de penalidad en ambas). Ahora bien, que el correcto funcionamiento de la Administración, en cualquiera de sus facetas, se perjudique o pueda perjudicarse con conductas “incorrectas” de recepción de regalos, trascendentes o intrascendentes, pero sin vínculo a la ejecución de acto alguno —téngase en cuenta en todo caso la dificultad de formular el propio concepto de venalidad— sin definir lo que es vendible o está expuesto a la venta es a mi juicio cuestionable. Y, en tal caso, la proximidad entre la idea de no venalidad —como objeto jurídico realmente protegido, al margen de la *ratio legis* de estos preceptos— y las de infracción del deber del cargo o de prohibición de enriquecimiento del funcionario público derivado del ejercicio de su función en mi opinión es difícil de negar.

En todo caso, lo que más ha de preocupar de ella es la complejidad para dotar de un contenido realmente sustantivo a esta expresión que la aleje del mero reproche por la obtención de un beneficio al que no se tiene derecho derivado del ejercicio de un cargo público y la virtualidad de la misma para satisfacer el contenido material del concepto de bien jurídico, por la dificultad de aceptar que su quiebra pueda afectar a la satisfacción de necesidades personales cuando esa venalidad no se traduce en la adopción de un acuerdo perjudicial para intereses particulares, la omisión de un acto debido, su retraso o un condicionamiento de la índole que sea en la obtención de un servicio público. Una dificultad que, tal vez, podría intentar soslayarse por la vía de fundamentar la prohibición de instrumentalización del cargo no por el enriquecimiento en sí que de la misma pueda derivarse, sino por la quiebra del principio de igualdad que puede deducirse de ella si se entiende que el funcionario, sin perjudicar intereses concretos, afecta a los de todos obteniendo la ventaja económica vetada a quien no está en su situación; pero ya al margen de cualquier explicación del delito en el ámbito del correcto funcionamiento de la Administración.

Desde otra perspectiva diferente, una de las tesis que más eco ha tenido en Alemania —y de ahí, en menor medida, en otras doctrinas— ha sido la de defender como bien jurídico protegido en algunos deli-

tos de corrupción, exclusiva o alternativamente con otros, la confianza pública o de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de la Administración, en los principios que lo informan o en las diversas cualidades que han de desarrollar quienes actúan en desarrollo del mismo.

Pero, por una parte, la confianza de la sociedad en el correcto funcionamiento de la Administración no es algo específico del delito de cohecho, sino común a muchos de los delitos contra la Administración Pública; a todos, seguramente. Y, por otra, determinados comportamientos no son incorrectos porque disminuyan la confianza de los ciudadanos, sino que disminuyen esta confianza porque son incorrectos, de modo tal que la alusión a la misma nada dice todavía sobre el bien jurídico protegido.<sup>31</sup> La Administración no podrá afirmarse que funciona o no conforme a los parámetros constitucionales que legitiman su existencia o, cuando menos, su actuación, por el hecho de que el grado de confianza en ella sea mayor o menor, lo que depende de variables tan lejanas a lo que ha de ser la delimitación de un bien jurídico concreto como la mayor o menor eficacia policial o incluso la mayor o menor transparencia informativa.

### 2.3. *Alguna conclusión*

En definitiva, es evidente que la atención penal que debe merecer el fenómeno de la corrupción obliga a delimitar el interés que, necesitado de tutela, se entiende vulnerado con el mismo, más allá de desvaloraciones acerca de la reprobación que puedan merecer el posible enriquecimiento injustificado del funcionario o servidores públicos, lo que solo es posible analizando el perjuicio que se deriva de la actuación corrupta.

Es difícil, no obstante, concretar dicho perjuicio de forma unitaria, en cuanto, aun cuando en la mayoría de legislaciones todavía hoy la figura del cohecho —en sus modalidades de corrupción del funcionario o al funcionario— se ubica exclusivamente entre los delitos contra la Administración o de los servidores públicos, los comportamientos corruptos surgen tanto en el sector público como en el sector privado, afectando a intereses tan diversos como la tutela de la

<sup>31</sup> Así, Vizueta Fernández, *Delitos contra la Administración Pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Ed. Comares, Granada, 2003, p. 209.

## La necesidad de sancionar el peculado en todas sus manifestaciones

competencia, el libre desenvolvimiento de los mercados o la toma de decisiones sin interferencias en procesos políticos, entre otros. Seguir manteniendo un único concepto de corrupción para definir conductas que pueden afectar a bienes jurídicos muy diversos, además de los equívocos que puede generar, va a suponer constatar que, si bien dicho concepto refleja claramente la clase de conducta que pretende describirse —enriquecimiento derivado de la instrumentalización ilícita de una ocupación que se pone al servicio de fines espurios—, no ocurre lo mismo con el desvalor que se le puede atribuir en cuanto el mismo ha de vincularse al interés concretamente vulnerado.

Es difícil pretender encontrar un único objeto a tutelar frente a las diferentes conductas de corrupción funcional.<sup>32</sup> Puede, no obstante, entenderse que su sustantividad surge de aceptar que lo que se sanciona en los diferentes tipos está vinculado a la instrumentalización del cargo para la obtención de un beneficio económico.

### 3. Los delitos de peculado, malversación, apropiación, administración desleal o desviación de fondos públicos en el contexto de la lucha contra la corrupción

Sin ser la malversación un supuesto de corrupción en su sentido más estricto (como sí lo es el delito de cohecho), ¿qué duda cabe de que representa un caso claro de corrupción en sentido amplio (no extremo), en cuanto abuso de una situación de poder para el aprovechamiento de fondos públicos? Muchas veces incluso ambas figuras irán de la mano, no tanto en la modalidad apropiatoria de la malversación, pero sí en la de gestión desleal en cuanto es frecuente el transvase de fondos públicos a privados (contrataciones irregulares, etc.) con devolución al patrimonio privado del funcionario de parte de lo transferido, con lo que en realidad muchas modalidades de administración desleal de fondos públicos son en realidad apropiaciones de parte de lo mal administrado.

<sup>32</sup> Mantiene también claramente esta posición en la actualidad Vizueta Fernández, *delito de cohecho*, cit., pp. 274 ss.

#### 3.1. Apuntes sobre el bien jurídico concretamente tutelado

Entre los delitos patrimoniales y los delitos contra la Administración Pública, el artículo 432 del Código Penal español, en sus números 1 y 2, prevé los dos tipos básicos de malversación propia. Prescindiendo aquí de un análisis detenido en torno a la discusión sobre el bien jurídico protegido en estas figuras delictivas<sup>33</sup> o en torno a si tienen o no las distintas figuras una naturaleza dual en la que, además, hay que prestar especial atención al componente de infidelidad para con la correcta gestión pública (en mi opinión, consustancial a todo supuesto de administración desleal),<sup>34</sup> en lo que aquí importa ahora destacar, la regulación vigente del código tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre,<sup>35</sup> sanciona en dicho artículo, acierte o no con ello el legislador —y yo creo que sí acierta parcialmente (insuficientemente), colmando lagunas que obligaban a acudir al Derecho administrativo cuando no se acreditaba la “apropiación” y sí sólo la “expropiación” del malversador—, tanto la administración desleal sobre el patrimonio público como la apropiación indebida de dicho patrimonio. Que con ello se aleja el legislador de perspectivas centradas en la idea del “deber”, en la idea de deslealtad para con el ejercicio de la función pública, como a veces se ha señalado, no es ya tan evidente como quizás sí lo era antes de la reforma. Lo que sí se produce, en cualquier caso, es una aproximación a concepciones de este delito claramente vinculadas a la idea de la existencia de un perjuicio patrimonial, correcta y por tanto funcionalmente bien entendido este concepto “de lo público”. En la legislación mexicana, el artículo

<sup>33</sup> El patrimonio público, el procedimiento público de gestión de ingresos y gastos, la intervención pública en la correcta concreción de la finalidad que le es propia u otro tipo de especificaciones perfectamente reconducibles todas ellas claramente hoy en día, en mi opinión, al concepto funcional de patrimonio, en este caso, público.

<sup>34</sup> Muy detenidamente, De la Mata Barranco/Etxebarria Zarrabaitia, *Malversación y lesión del patrimonio público*, cit., pp. 105 y 113.

<sup>35</sup> En detalle, Castro Liñares, “Novedades en el actual delito de malversación tras la reforma operada por LO 1/2015”, en *Diario La Ley*, nº 8835, 2016. También Mir Puig, “La malversación y el nuevo delito de administración desleal en la reforma de 2015 del Código Penal español”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. 68-1, 2015, pp. 185 a 236.

lo 223 del Código Penal Federal contempla los distintos tipos de peculado con una diferencia sustancial, acertada en lo que aquí interesa destacar en cuanto sanciona la aplicación de fondos públicos diferente a aquella a la que estaban destinados, como también hacía también el código español antes de 1995, en el derogado artículo 397.

Los apartados XV y XIX del Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, que explican el porqué de la reforma, evitan utilizar el término *malversación*, que, sin embargo, mantiene la ley en la rúbrica del Capítulo VII. Sea como fuere, la nueva regulación pone de manifiesto, incorporando la figura de la administración desleal, la idea de proteger el patrimonio público desde una perspectiva —insisto, funcional— atenta a la satisfacción en todo momento de los intereses generales vinculados al proceso de gasto lícito y correctamente ejecutado del patrimonio público, lo que permite penalizar conductas de distracción, pero no (o no claramente) conductas de desviación ilegal de partidas presupuestarias.

Como tantas veces se ha señalado, se trata de ofrecer una protección al patrimonio de la Administración como soporte básico de políticas de intervención enderezadas a la satisfacción constitucional de los intereses generales (artículo 103.1 de la Constitución española), una protección en la que no es tan importante —como en realidad tampoco lo era en regulaciones precedentes— la idea del posible lucro del funcionario público, la idea, si así se quiere expresar, de la “apropiación” en su sentido más estricto, cuanto la de la “expropiación” de lo público, impidiendo a la Administración, en sus diversas manifestaciones, disponer de todos los recursos posibles para ejecutar las políticas presupuestarias aprobadas por los cauces legales pertinentes. No se reincorpora, sin embargo, la figura de la desviación de fondos públicos, mantenida en la regulación mexicana, con lo que parece entender el legislador que el patrimonio público no se ve perjudicado con ella, pareciendo que se queda a medio camino entre la tutela patrimonial (peculado o apropiación de fondos públicos) y la tutela de la correcta gestión (administración desleal o desviación de fondos).

### 3.2. Conductas típicas

El artículo 432.1 (que es el que acoge la modalidad de malversación —mediante administración desleal— equiparable en parte al peculado peruano en cuanto estrictamente ya no se penaliza el “uso” de caudales) requiere una infracción de las facultades para administrar el patrimonio público emanadas de la ley y, por tanto, legítimas, excediéndose el sujeto activo —autoridad o funcionario (o servidor público, en el caso mexicano)— en el ejercicio de las mismas y causando, de esa forma, un perjuicio a dicho patrimonio. Esta idea del perjuicio es fundamental.

Aunque ya existía una jurisprudencia abundante que permitía en determinados casos integrar en el concepto de la antigua malversación la asunción indebida de obligaciones de gasto, con la Ley Orgánica 1/2015 la subsunción de esta conducta en el actual artículo 432.1 no ofrece ninguna duda (así, STS, Sala 2ª, 281/2019, de 30 de mayo). Hay que distinguir en todo caso —y es fundamental esta distinción, insisto— lo que es desviación de fondos públicos a finalidad también pública, pero “lícita” (en cierto sentido, el peculado mexicano), supuesto para un importante sector doctrinal de discutible subsunción en el artículo 432.1 (sí expresamente punible antes de 1995 en el viejo artículo 397, que se interpretaba no desde la lesión al patrimonio público en cuanto tal sino desde la idea de quebrantamiento del correcto proceso de ejecución del gasto público como manifestación del correcto ejercicio de la función pública y no, en principio, en el hasta 2015 vigente artículo 432.1, en cuanto se exigía una apropiación “privada”) y que en ocasiones se ha reconducido al ámbito administrativo (STS, Sala 2ª, 914/2012, de 29 de noviembre) de lo que es distracción de fondos (aun sin apropiación) con desviación a fines “ilícitos” (claramente subsumible en dicho artículo 432.1 como también en el artículo 389 peruano).

La administración desleal del patrimonio público no exige incorporación patrimonial alguna, por supuesto, pero tampoco desvío de fondos a intereses privados. Basta con una gestión indebida del patrimonio administrado respecto a los intereses de su titular. En el caso de la gestión de lo público este interés debe definirse atendiendo los parámetros jurídicos que delimitan la misma de conformidad con las leyes habilitadas para ello, la jerarquía normativa existente y, en



## La necesidad de sancionar el peculado en todas sus manifestaciones

su caso, la afirmación de su acomodación a derecho cuando exista controversia judicial al respecto.

El patrimonio público no es de libre disposición por quienes lo gestionan y no es ya infrecuente en los tribunales el enjuiciamiento de conductas que tienen que ver con una gestión ajena a todo criterio de legalidad presupuestaria. No llega el legislador a sancionar lo que se da en llamar el *despilfarro presupuestado*, el endeudamiento excesivo dentro de lo permitido legalmente o la inversión arriesgada, desacertada o irracional o previsiones equivocadas de costes de ejecución, pero sí, por ejemplo, en casuística judicial meramente ejemplificativa, contrataciones irregulares de personal o de servicios sin justificar, contratos opacos onerosos, incumplimientos de directrices para evitar endeudamientos, realización de obras fuera de toda lógica económica, contrataciones a precios superiores a los reales, encargo de informes ficticios o sin interés jurídico o económico alguno, casos groseros de incumplimientos presupuestarios, venta de bienes públicos por debajo de su valor de mercado, fraccionamiento del importe de una licitación, amaño de contratos, aceptación de presupuestos inviables, pagos de servicios no prestados, descapitalizaciones y sobreendeudamientos en beneficio de terceras personas, abusos del cargo para fines privados (gastos fuera de lugar: regalos, viajes, seguros de vida, contribuciones, pensiones exageradas, etc.), creación de fondos ocultos.<sup>36</sup> Y si bien es cierto que ni antes ni después de 2015 era o es posible sancionar en todo caso y sin ninguna matización más la alteración de destino presupuestario cuando el gasto se produce en actuaciones públicas (malversación peruana), diferente es que dicho gasto sea manifiestamente ilegal, supuesto en el cual no puede entenderse que se está atendiendo *lo público* sino el interés, sin el sustento normativo exigible, únicamente de quien ejecuta tal gasto (administración desleal española).

Si se aceptase un concepto de patrimonio puramente formal o contable, podrían quedar fuera del precepto todos aquellos supuestos en que el despilfarro, aun no presupuestado, revierta en lo público todos aquellos supuestos en que el gasto, con alteración del destino presupuestario establecido, revierta

en lo público todos aquellos supuestos en que exista únicamente un incumplimiento presupuestario. O sea, todos aquellos supuestos en que, contablemente, no se pueda afirmar que la Administración tenga menos de lo que tenía antes de realizarse la conducta funcional a enjuiciar (sin entrar ahora a valorar cómo ha de tratarse a este respecto la ejecución pura de gasto sin contraprestación económico-monetary alguna). Lo que no podría aceptarse, en absoluto, de mantener un concepto material o funcional. Pero incluso desde la primera perspectiva ninguna duda habría a la hora de afirmar que, cuando la disposición es contraria a derecho, el perjuicio para con la Administración ha de entenderse producido con el gasto ilícito (incluyendo el compromiso de gasto) producido, que impide defender que se ha atendido la causa pública. Y ello más allá de la responsabilidad contable que puede existir cuando, sin una manifiesta ilegalidad, quepa afirmar que hay en todo caso una actuación irregular que menoscaba una gestión eficiente y responsable de los recursos públicos.

### 3.3. Administración desleal, desviación de fondos y despilfarro injustificado

Dentro de lo que es el buen gobierno de la Administración y atendiendo las concretas conductas a tipificar, en la lucha contra la corrupción la cuestión a resolver por el legislador (indiscutida la necesidad de sancionar tanto la apropiación estricta de caudales, como su administración desleal, que perfectamente podría incluir supuestos de uso temporal) es la del tratamiento que ha de darse al desvío de fondos dentro de lo público.

Si mantenemos como bien a tutelar un concepto puramente formal del patrimonio público, insisto, parecería que cuando este no disminuye no cabría intervenir penalmente. Si ciframos el interés en la correcta gestión de lo público dicha intervención sí sería posible. Una concepción funcional del patrimonio permitiría aunar ambas perspectivas. Y entiendo que este concepto permitiría perfectamente sancionar la gestión ilícita de fondos públicos sin merma económico-contable, pero sí con destino diferente del presupuestado.

En este contexto, la nueva figura de *administración desleal* del código español ¿realmente va a tener tanta trascendencia? Tengo mis dudas, pero alguna,

<sup>36</sup> Sobre toda esta casuística, De la Mata Barranco, "Administración desleal del patrimonio público", en *almacenederecho.org*, 10 de noviembre de 2019, o Nieto Martín, "Despilfarro público y derecho penal", en *almacenederecho.org*, 3 de septiembre de 2015.

insuficiente, debiera tener. ¿Y es necesaria una tipificación similar en el código mexicano, en cuanto en el artículo 223 solo el apartado IV remite expresamente a una aplicación diferente de fondos, sin especificar si pública o privada y en cuanto el apartado I habla de “distraer” no de “gestionar indebidamente”?<sup>37</sup> Creo que sí, salvo mayor precisión en la redacción del delito de peculado en su conjunto. No se trata solo, o en absoluto, como ha ocurrido con la última reforma del precepto (2018), de endurecer penas, sino de precisar conductas.

En todo caso, la posible previsión que se pudiera efectuar no permitiría sancionar todos aquellos supuestos denominados de *despilfarro presupuestado*: así, la creación de grandes infraestructuras absolutamente innecesarias (pensemos, por ejemplo, en aeropuertos inútiles) o la celebración de eventos faraónicos cuestionables en términos de política social (pensemos, por ejemplo, en recibimientos a autoridades exagerados o en organización de competiciones deportivas cuando menos cuestionables al menos en términos de rentabilidad económica a largo plazo). Ni podrá acoger conductas vinculadas a contratos con pliegos de condiciones no suficientemente justificadas, alteraciones de destino presupuestario sin constatable afectación del servicio (en España tampoco, aunque se constate esta), gastos por incrementos del precio contratado con causa no previsible, negocios arriesgados, inversiones desacertadas sin constatación de perjuicio patrimonial, etcétera.

Y habrá que excluir los casos en que no se constate un perjuicio patrimonial. No una posibilidad de perjuicio. No. Un perjuicio patrimonial concreto. Aunque, claro está, según interpretemos este elemento el ámbito de lo excluido será mayor o menor. Pero si seguimos como hasta ahora entendiendo este concepto (de forma equivocada) desde un punto de vista meramente contable, van a quedar fuera del precepto todos aquellos supuestos en los que el despilfarro, aun no presupuestado, revierta en lo público; todos aquellos supuestos en los que el gasto, con alteración del destino presupuestario establecido, revierta en lo público; todos aquellos supuestos en los que simplemente (en realidad no tan simplemente) exista un incumplimiento

presupuestario. O sea, todos aquellos supuestos en los que, contablemente, no se pueda afirmar que la Administración tenga menos de lo que tenía antes de realizarse la conducta funcional a enjuiciar (salvando costes de depreciación, deflación monetaria, etc.), salvo que se prevea, expresamente, la sanción de la desviación de fondos (como en cierta medida se pretende, en parte, en el artículo 223.VI del Código Penal Federal), se entienda que esta es delictiva aún sin merma patrimonial (lo que obliga a redefinir el bien a tutelar, prescindiendo de una clásica consideración patrimonial del mismo) y se pueda demostrar que la conducta enjuiciada afecta al servicio o función encomendados. Y, sí, la cosa cambia cuando definimos el patrimonio desde un punto de vista funcional (lo que hasta ahora pocos sostenemos ha de hacerse), ya que en este caso el patrimonio podrá entenderse dañado cuando lo que se tiene no es lo que se tenía que tener, lo que todos, a través de nuestros representantes electorales, habíamos decidido que se tuviera con la aprobación de cada presupuesto por más que en términos contables parezca tenerse lo mismo.

Mucho me temo que la figura de la administración desleal del patrimonio público va a acoger tan solo supuestos de apropiación indebida de fondos públicos (los de siempre) en los que no se logra probar su incorporación al patrimonio del funcionario. Supuestos en los que se prueba que falta dinero de la caja, pero que no se sabe muy bien dónde ha ido.

Más aún, en realidad muchos aparentemente auténticos supuestos de administración desleal (no los que se asocian a esa dificultad probatoria de la apropiación) lo que esconden son auténticos supuestos de apropiación indebida. ¿Por qué? Porque el funcionario en vez de directamente sustraer los fondos públicos a su cargo para incorporarlos a su patrimonio realiza —como antes ya se señalaba—, por ejemplo, una contratación de obra pública (cuestionable en procedimiento, asignación y adjudicación), que es la que permite la salida presuntamente legal de tales fondos, parte de los cuales vuelven a él a través de la correspondiente comisión.

En todo caso, el gran debate, no solo político, sino también jurídico-penal, en tanto no se asuma decididamente un concepto funcional de patrimonio (también del público) tiene que ser ahora (no estamos en 1995, en que económico-socialmente había otras necesidades) el de si no será que lo que hay que

<sup>37</sup> Véase el completo trabajo de Leija López, *El delito de peculado. Breve ensayo dogmático*, Universidad Autónoma de Nuevo León, 1998. Sobre los delitos de corrupción, en general, Téllez Cuevas, “La corrupción en el derecho mexicano”, en *Ius Communitatis*, 2919, n° 3, pp. 133 a 162, con ulteriores referencias.

**La necesidad de sancionar el peculado en todas sus manifestaciones**

sancionar es lisa y llanamente, al menos, la incorrecta ejecución del presupuesto público (con afectación o no al servicio público).

Desde el punto de vista del interés a tutelar, y aceptando que seguimos estando en el ámbito de los delitos contra el correcto funcionamiento de la Administración Pública, qué más da que el funcionario de turno (de carrera o político) se quede con cien mil euros, con quinientos mil pesos, los gaste en bienes o servicios teóricamente públicos (pero al margen del presupuesto aprobado) o los destine al pago de sobrecostos que tenían ineludiblemente que haberse previsto (que en realidad, más bien, sí se habían previsto pero no se querían reflejar en la contratación inicial).

Lo que necesitamos es, por supuesto, una tutela adecuada de lo público, pero no a partir de la idea de un trasnochado concepto económico-contable del patrimonio. Necesitamos una tutela del correcto control del gasto público. Una prohibición penalizada de endeudamiento desorbitado, una prohibición penali-

zada de irregularidades en el gasto, una prohibición penalizada de discrecionalidades de gestión en absoluto justificadas, una prohibición de previsiones presupuestarias no asociadas a fines concretos. ¿Es esto intervencionismo penal? Sí. ¿Excesivo? Quizás. Pero no estamos ya en la época de las manzanas podridas, sino, como últimamente tan manidamente se dice, en la de los cestos podridos. La malversación (la administración desleal o la desviación de fondos) no puede seguir siendo el delito de la gestora judicial que se queda con cien, mil o diez mil euros, del secretario de un departamento universitario que poco a poco llega a apropiarse de hasta veinte mil soles. Esa es la malversación antigua. La malversación actual es la del despilfarro no presupuestado. Y no sé si la nueva regulación va a dar cabida a todos los supuestos de incorrecta gestión de lo público, los de despilfarro presupuestado sin lógica económica o social. Y creo que sí debiera ser así si realmente se quiere luchar contra la corrupción.

## Indagaciones sobre aporofobia y plutofilia en derecho penal\*

Juan Carlos Ferré Olivé

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Huelva

**RESUMEN:** Este artículo se dedica a la comparación de la máxima manifestación de la desigualdad en derecho penal, como es el tratamiento cruel del enemigo pobre y de la leve respuesta penal para el amigo rico. Se analizan distintas situaciones y se proponen reformas para neutralizar estas situaciones extremas.

**PALABRAS CLAVE:** Aporofobia, Plutofilia, Exclusión social, Política criminal.

**ABSTRACT:** This article is dedicated to comparing the maximum manifestation of inequality in criminal law. The cruel treatment of the poor enemy and the mild criminal response for the rich friend is studied. Different situations are analyzed, and reforms are proposed to neutralize these extreme situations.

**KEY WORDS:** Aporophobia, Plutophilia, Social exclusion, Criminal Policy.

**SUMARIO:** 1. Aproximación. 2. La política criminal de la exclusión y de la amistad. 3. La aporofobia como ejemplo de un derecho penal de autor. 4. Situaciones puntuales; 4.1. Hurtos de escasa entidad; 4.2. Los llamados top manta y las personas sin hogar; 4.3. Los extranjeros y su expulsión judicial. 5. La plutofilia; 5.1. La corrupción pública; 5.2. Los delitos tributarios y contra la Seguridad Social; 5.3. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. 6. El canibalismo plutofílico. 7. Mejoras urgentes en la regulación jurídica: los delitos de odio y la agravante de discriminación. 8. Conclusión. 9. Bibliografía.

Rec: 09-10-2021 | Fav: 02-11-2021

\* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación “Aporofobia y derecho penal”, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (Ref. RT 12018-095155-B-C21)

## Indagaciones sobre aporofobia y plutofilia en derecho penal

## 1. Aproximación

La importante monografía sobre la *deriva jánica* de la política criminal contemporánea, concretamente sobre *aporofobia* y *plutofilia* —entendidas como dos caras de la misma moneda—, escrita por Juan Terradillos Basoco<sup>1</sup> ha hecho despertar una sensación que muchos mantenemos aletargada en nuestros pensamientos, como es la discriminación y el desagrado hacia los pobres y en general hacia los *excluidos*, que se genera en la sociedad en la que vivimos. Los que no pueden acceder a las nuevas tecnologías, los que siempre llegan tarde al reparto promovido desde la justicia social, aquellos a quienes la oferta educativa se presenta lejana e inalcanzable y que mansa y honestamente conviven con su pobreza sin decantarse abiertamente por las facilidades —y riesgos— del crimen suelen resultar discriminados sin tener plena conciencia de ello, no por su actuar u omitir, sino por el mero hecho de ser pobres o excluidos.<sup>2</sup> Los relegados, que reciben el rechazo y deprecio social, pueden llegar a padecer distintas formas de violencia: desde las agresiones físicas o morales (homicidios, traumatismos, humillaciones, quemaduras), con sus consecuencias psicológicas, hasta una pérdida más generalizada de derechos y libertades.<sup>3</sup> Se trata de un particular capítulo de los *delitos de odio*, que exige, más allá de una reflexión filosófica, un toque de alerta en orden a la forma en que se encararan los planteamientos represivos.

Una política criminal insensible a estos problemas va en dirección opuesta a la que debe seguirse en un Estado social y democrático de derecho como el consagrado en el artículo 1.1 de nuestro texto constitucional, que propugna “como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. Y más aún, en contra de lo dispuesto en la *cláusula de inclusión social* prevista en el artículo 9.2 CE en cuanto establece:

Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su ple-

nitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

En síntesis, una política criminal con deriva aporofóbica es, al menos en España, *completamente inmoral e inconstitucional*.

Pero no puede ignorarse que defender el desprecio y la criminalización de algunos grupos de excluidos puede ser beneficioso para quienes ejercitan el populismo punitivo que, como sostiene Vidaurri, se basa en una genética demagógica, alimentada por el “miedo y la inseguridad social”, “una política criminal más preocupada por cumplimentar los intereses electorales y las demandas mediáticas, antes que atender y resolver la problemática delictiva”. Desde esta perspectiva se asocian medidas represivas con las “demandas del pueblo”.<sup>4</sup> Se reemplaza el derecho penal mínimo defendido en las aulas universitarias por el *panpenalismo*, que no solo asumen los gobiernos autoritarios sino también muchos de tendencia “participativa y democrática”.<sup>5</sup>

## 2. La política criminal de la exclusión y de la amistad

La Asamblea General de Naciones Unidas aprobó en septiembre de 2015 una resolución denominada “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible” cuyo primer objetivo es “Poner fin a la pobreza en todas sus formas y en todo el mundo”. Pese a esta declaración, parece evidente que la atención a la pobreza deberá recorrer aún un camino muy largo, al menos cuando se trata de la materia punitiva. Cada día se hace más palpable la existencia de una política criminal aporofóbica para excluidos y marginales, y otra plenamente compatibilizada y compaginada que tiende a la plutofilia, a la autodefensa del mundo de los negocios, y que posee sus propias reglas, pues solo se ensaña con aquel que dentro del mundo empresarial se haya comportado como *Mefistófeles*, como un ángel caído. Ambas tendencias

<sup>4</sup> Cfr. Vidaurri, M. (2020b: 208 y sig.). El populismo apela al pueblo para construir su poder: busca votantes sin medir las consecuencias.

<sup>5</sup> Cfr. Vidaurri, M. (2020b: 215). Así, el derecho penal deja de ser la *ultima ratio* y se convierte en la *prima* o única *ratio*, se afecta la actividad jurisdiccional con jueces influenciados por los medios de comunicación y las asociaciones de víctimas, se criminaliza selectivamente, se materializa un derecho penal simbólico y se entroniza, en síntesis, al derecho penal del enemigo.

<sup>1</sup> Cfr. Terradillos Basoco, J. (2020: *passim*)

<sup>2</sup> Los excluidos o sin recursos son quienes no pueden integrarse en el sistema, son seres humanos marginales a quienes no se les respeta su dignidad, pues carecen incluso del *derecho a tener derechos*. Cfr. Vidaurri, M. (2020a: 311).

<sup>3</sup> Cfr. Olasolo, H. y Hernández Cortés, C.L. (2021: 231).

confluyen en un único Código Penal pretendidamente *universal y democrático*.

La política criminal de la exclusión se basa en un derecho penal de autor y no del hecho. La historia negra del derecho penal de autor, modelo siempre muy potenciado por las grandes dictaduras, parece volver a renacer cuando la pena se aplica al sujeto por lo que es y no por lo que hizo.<sup>6</sup> Por el contrario, la política criminal de los negocios suele diferenciar transacciones criminales *reprobables y no reprobables*, aplicando toda su furia sobre las primeras (narcotráfico, contrabando, estafas, etc.) pero siendo, en buena medida, indulgente con las segundas (defraudación tributaria, corrupción pública y privada, etc.). Podemos colocar al tan polémico y de moda blanqueo de capitales a medio camino entre ambas corrientes.

### 3. La aporofobia como ejemplo de un derecho penal de autor

El también llamado *derecho penal del indigente*<sup>7</sup> atrae hoy por hoy muchas miradas, pero no siempre con ojos críticos o compasivos. En algunos países se ha potenciado históricamente la llamada *limpieza social*, a cargo de organizaciones gubernamentales o no gubernamentales, y es —lamentablemente— una tendencia también actual. La aporofobia se construye sobre la estigmatización y el discurso del odio, que carga contra la marginación, la exclusión y la indigencia. Las medidas sociales se reemplazan por soluciones penales, pues se pasa de ser un marginado social a actor principal dentro del circuito punitivo.<sup>8</sup> El tradicional desprecio al indigente convivió con otra humillación histórica, la de los discapacitados psíquicos que, en un entorno social de progresismo darwiniano, vieron potenciadas y vivieron en carne propia las políticas de exterminio. Así, por servirnos de un ejemplo muy llamativo, en octubre de 1921, el gran penalista patrio Jiménez de Asúa publicó un artículo en la *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* de la Universidad Complutense de Madrid, posteriormente desaparecida, que lleva por título “La autorización para exterminar a los seres humanos desprovistos de valor vital”, elogiando estas tesis.<sup>9</sup> Eran sus observaciones sobre las teorías defendidas por los profesores

Karl Binding y Alfred Hoche, que proponían la eugenesia, el exterminio de los discapacitados psíquicos.

Las ideas de Binding quedaron reflejadas en un libro póstumo (1920), que escribió junto al psiquiatra Alfred Hoche, *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens*<sup>10</sup> (*La autorización del exterminio de vidas sin valor vital, o de vidas indignas de ser vividas*). En él proponían autorizar la eliminación de distintos tipos de sujetos. Por una parte, se encuentra la eutanasia de los enfermos terminales que lo solicitan. Pero también la eugenesia de los incapaces y enfermos mentales irrecuperables, siendo irrelevante su consentimiento. Con relación a estos sujetos, el exterminio no se debía considerar algo negativo sino un acto de liberación para ellos, sus familias y la sociedad. Al acuñar el terrible concepto de “vidas sin valor vital”, se abrió el camino para que los nazis llevaran a la práctica, entre 1939 y 1941, el exterminio sistemático de más de 100 000 discapacitados físicos o psíquicos (programa conocido como Aktion T4), iniciativa que se detuvo al advertir que el exterminio estaba llegando a familiares directos de los propios jerarcas nazis.

También existió un darwinismo específico, el *darwinismo social*, defendido por Herbert Spencer y Francis Galton, del que derivan sin duda muestras muy sólidas de aporofobia. Los asociales o *extraños a la comunidad* (alcohólicos crónicos, vagabundos, *perezosos*) formaron parte de los enemigos internos durante el régimen nacionalsocialista, por lo que se intentó también contra ellos una purga.<sup>11</sup> Franz von Liszt ya indicaba, unos años antes y bajo la influencia del positivismo criminológico de la época, que los mendigos y vagabundos, acompañados de alcohólicos, prostituidos y otras gentes del submundo conformaban un ejército de “enemigos principales del orden social”.<sup>12</sup> Pero el peor momento se vivió durante el nacionalsocialismo, pues los excluidos, marginales y asociales, en cuanto personas de menor valor —incluso siendo de raza aria—, debían ser separados de la comunidad. Como señala Muñoz Conde, el procedimiento pasaba por privarles de derechos (excluir-

<sup>10</sup> Leipzig, 1920.

<sup>11</sup> *Cfr.* Berster, L (2021: 25 y sig.). Algo similar aconteció durante la vida de la República Democrática Alemana, en la que los caracterizados como parásitos sociales eran regularmente condenados a trabajos forzados.

<sup>12</sup> *Cfr.* ampliamente el análisis de Muñoz Conde, F. (2003: 170 y sig.).

<sup>6</sup> *Cfr.* Vidaurri, M. (2020a: 307).

<sup>7</sup> *Cfr.* Terradillos Basoco, J. (2020: 80).

<sup>8</sup> *Cfr.* Terradillos Basoco, J. (2020: 80).

<sup>9</sup> *Cfr.* Jiménez de Asúa, L. (1921: 474).

## Indagaciones sobre aporofobia y plutofilia en derecho penal

les de la comunidad), luego privarles de la libertad (confinarlos en campos de concentración) y finalmente privarles de la vida (política de exterminio).<sup>13</sup> El Proyecto de Ley sobre el tratamiento de extraños a la comunidad de 1944, redactado con la intervención directa de los consagrados penalistas Mezger y Exner, delimitaba el concepto de *extraños a la comunidad*, que abarcaba, entre otros, a quienes rechazaran el trabajo, llevaran una vida desordenada o disoluta molestando a otros, practicaran la mendicidad o el vagabundaje; fueran alcohólicos, asociales o pendeñeros; cometieran delitos leves, etc. (§ 1). Se les debía vigilar estrechamente por la policía (§ 2). Serían internados en centros especiales sufragando ellos mismos sus gastos (§ 3 y 4), llegando a establecerse que “el delincuente enemigo de la comunidad será condenado a la pena de muerte, si así lo requiere la protección de la comunidad del pueblo o la necesidad de una expiación justa” (§ 6-2). Se preveía también la castración (§ 10) y la esterilización de estos excluidos sociales (§ 11).<sup>14</sup>

También existen importantes ejemplos aporofóbicos en nuestra legislación nacional. La Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933 (*Gaceta de Madrid* n° 217, de 5 de agosto), aprobada por la II República y redactada por Luis Jiménez de Asúa y su discípulo, Mariano Ruiz-Funes, se aplicaba a los *estados peligrosos*, entre ellos a los vagos habituales, los rufianes y proxenetes; “los que no justifiquen, cuando legítimamente fueren requeridos para ello por las autoridades y sus agentes, la posesión o procedencia del dinero o efectos que se hallaren en su poder o que hubieren entregado a otros para su inversión o custodia”; mendigos profesionales, ebrios y toxicómanos habituales, a los que observen conducta reveladora de inclinación al delito, etc. Durante el franquismo se añadirían los homosexuales. A estos sujetos peligrosos se les aplicaban diferentes medidas de seguridad predelictuales, como el “internado en establecimiento de custodia por tiempo indeterminado no inferior a un año y que no podrá exceder de cinco años”.

Esta ley fue derogada por la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social. Esta última norma consideraba estados peligrosos, entre otros, la vagancia o mendicidad habituales, la realización de actos de homosexualidad, la ebriedad

habitual, la toxicomanía, e incluso entraban en esta categoría de peligrosidad los “menores de veintiún años abandonados por la familia o rebeldes a ella, que se hallaren moralmente pervertidos”. A todos ellos se les aplicaban medidas de seguridad, como por ejemplo el internamiento en un establecimiento de custodia o trabajo por tiempo no inferior a cuatro meses ni superior a tres años, consagrándose así un auténtico *derecho penal de autor*. Este infame marco normativo se mantuvo vivo —aunque poco aplicado— durante muchos años de vida democrática, ya que fue tardíamente derogado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, con efectos reales a partir del 24 de mayo de 1996.

El siglo XXI no está desilusionando demasiado a los defensores de los planteamientos aporofóbicos. Sigue existiendo el inmigrante sin papeles, mano de obra barata y vulnerable por su pobreza y condición.<sup>15</sup> Y también muchos otros pobres y marginales, destinatarios directos de múltiples penas. El funcionalismo radical, defensor de un derecho penal del enemigo, incluye en esta categoría a los sujetos excluidos, como serían los jóvenes desempleados que, según Günther Jakobs, “a falta de deber, no son persona”. Pero también incorpora a otras “no-personas”, ya que “aquel al que no se necesita se le excluye de la obra común”.<sup>16</sup> Así, resultan calificados como sujetos potencialmente peligrosos los marginales y menesterosos, y se les aplican penas con independencia del grado de lesión a bienes jurídicos (delitos de bagatela), con el fundamento exclusivo de la necesidad de confirmar la vigencia de la norma. Se pretende *combatir* la pobreza con la criminalización.<sup>17</sup>

#### 4. Situaciones puntuales

Existen innumerables ámbitos en los que se aprecia un tratamiento diferenciado del pobre, con consecuencias penales negativas hacia su persona. Algunos supuestos están universalizados, otros se circunscriben a países concretos. Entre estos últimos señalamos, por ejemplo, la lesión contra los trabajadores que se manifiesta en Italia con la explotación de la mano de obra en la agricultura, ya que las víctimas son inmi-

<sup>13</sup> Cfr. Muñoz Conde, F. (2003: 177).

<sup>14</sup> Cfr. ampliamente Muñoz Conde, F. (2003: 193 y sig.).

<sup>15</sup> La situación de indefensión se magnifica si se trata de mujeres inmigrantes, mucho más vulnerables. Cfr. al respecto Acale Sánchez, M. (2021: 5 y sig.).

<sup>16</sup> Cfr. Jakobs, G. (2000: 348).

<sup>17</sup> Cfr. Terradillos Basoco, J. (2020: 43 y 82).

grantes muy pobres y en el país transalpino no existe una circunstancia agravante genérica que contemple estas situaciones.<sup>18</sup> También en Italia, como otro dato negativo, cabe apuntar la *criminalización de la mendicidad* prevista en el artículo 669 bis CP desde 2018, ya que:

[aquel] que ejercite la mendicidad en una modalidad vejatoria o simulando deformidades o enfermedades o recurriendo a medios fraudulentos para despertar la piedad ajena, es castigado con la pena del arresto de tres a seis meses y con multa de 3000 a 6000 euros.

También existe una circunstancia agravante por cometer un delito encontrándose “ilegalmente en territorio nacional” —art. 61.11 CP—. <sup>19</sup> La mendicidad también es sancionada en Venezuela con penas de arresto de hasta seis meses.<sup>20</sup> En España, entre muchas otras manifestaciones de aporofobia, es cuestionada la criminalización de la ocupación de inmuebles por personas excluidas, sin violencia o intimidación.<sup>21</sup>

También en España, dos reformas legislativas han incrementado sensiblemente la criminalización de marginales. Por una parte, la Ley Orgánica 15/2003, de 23 de noviembre, deshizo el avance que representaba el haber eliminado del Código Penal las poco resocializadoras penas de prisión de corta duración. Hasta entonces, la pena mínima de prisión era de seis meses, y se redujo a tres. Para que no surjan dudas, dice la Exposición de Motivos de la mencionada ley:

La duración mínima de la pena de prisión pasa de seis a tres meses, con el fin de que la pena de privación de libertad de corta duración pueda cumplir su función de prevención general adecuada respecto de los delitos de escasa importancia.

<sup>18</sup> Cfr. Messori, L. (2021: 306).

<sup>19</sup> Cfr. Messori, L. (2021: 308).

<sup>20</sup> Cfr. Rincón Rincón, J.E. (2021: 332). Dispone el Código Penal de Venezuela: “De la Mendicidad”. “Artículo 502. El que, siendo apto para el trabajo, fuere hallado mendigando será penado con arresto hasta por seis días; y en el caso de reincidencia en la misma infracción, el arresto podrá imponerse hasta por quince días. Al que no siendo apto para el trabajo, mendigue sin sujetarse a las ordenanzas locales del caso, se le aplicarán las mismas penas. La contravención no deja de serlo por mendigar el culpable so pretexto o apariencia de hacer a otro un servicio o de vender algunos objetos”. “Artículo 503. El que mendigue en actitud amenazadora, vejatoria o repugnante por circunstancias de tiempo, de lugar, de medios o de personas, será penado con arresto hasta por un mes, y de uno a seis meses, en caso de reincidencia en la misma infracción”.

<sup>21</sup> Cfr. Pérez Cepeda, A. (2021: *passim*).

Una reforma posterior, incardinada a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, suprimió el Libro III regulador de las faltas, pero esta decisión político-criminal no ha supuesto una descriminalización real, porque según reza el Preámbulo de la ley “algunas de ellas se incorporan al Libro II del Código reguladas como delitos leves”.

## 4.1 Hurtos de escasa entidad

La nueva regulación española de los *delitos leves* lleva, por ejemplo, a castigar como delito de hurto (arts. 234.2 y 235 CP) las sustracciones cuyo objeto material represente un valor o una cuantía mínima, supuesto que antes se sancionaba como falta y que, por regla general, conforma la infracción más frecuentemente imputada a marginales y excluidos.<sup>22</sup> El mismo *fraude de de etiquetas* se aprecia si existe una “defraudación utilizando energía eléctrica, gas, agua, telecomunicaciones u otro elemento, energía o fluido ajenos” que, en caso de no superar la cuantía de 400 euros, ha pasado de falta a delito leve (art. 255.2 CP). Tratándose de bienes que tienen origen en un *delito* previo (y no en una falta), puede aventurarse también la aplicación oportuna —y jurídicamente posible— de un delito de blanqueo de capitales (art. 301.1 CP), amenazado con una pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triple del valor de los bienes. El panorama es similar a nivel mundial. Así, en Brasil, un delito que cometen los más marginales, como es el hurto de energía eléctrica, tiene prevista una pena de uno a cuatro años de prisión y multa.<sup>23</sup> En cambio, en otros países como Costa Rica, los hurtos famélicos reciben una pena muy inferior a la del hurto simple, sin perjuicio de ser viable la apreciación del estado de necesidad.<sup>24</sup>

## 4.2 Los llamados *top manta* y las personas *sin hogar*

La venta callejera de productos, popularmente conocidos como *top manta*, conforma el modo de vida de muchos extranjeros irregulares y, por lo tanto, pobres. Dado que los productos que comercializan violan los derechos de propiedad intelectual o industrial, se pre-

<sup>22</sup> Cfr. Terradillos Basoco, J. (2020: 82).

<sup>23</sup> Cfr. Couto de Brito, A. y Moraes, J. (2021: 295).

<sup>24</sup> Cfr. Arce Acuña, A. (2021: 296).



## Indagaciones sobre aporofobia y plutofilia en derecho penal

vé que “la distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional se castigará con una pena de prisión de seis meses a dos años” (arts. 270.4 CP, similar art. 274.3 CP). Aunque la ley contempla una reducción de pena si se obtiene un beneficio reducido, y en atención a las características del sujeto. Estas previsiones han sido calificadas con acierto como de un punitivismo exacerbado.<sup>25</sup>

Por otra parte, es cada vez más preocupante la situación de los llamados *habitantes de la calle* (*homeless*). Estos sujetos conforman un colectivo muy vulnerable y por lo tanto necesitado de protección. Son personas que no tienen asegurados los mínimos vitales por carecer de un hogar estable, sobre quienes no existen datos precisos sobre su número o situación.<sup>26</sup> En Alemania, por ejemplo, los delitos contra las personas sin hogar aumentan cada año.<sup>27</sup>

### 4.3 Los extranjeros y su expulsión judicial

Existen distintas clases de extranjeros. El turista es bienvenido y halagado. El trabajador foráneo más o menos cualificado, que beneficia la economía, es bien recibido mientras sea necesario (según mercado). Por último, el inmigrante infortunado —masivo, pobre, necesitado— se convierte en *amenaza* y, por lo tanto, es normalmente rechazado y, en ocasiones, también resulta criminalizado.<sup>28</sup>

El ordenamiento jurídico español prevé, a través de la ley de extranjería (art. 57 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero), la sanción administrativa de expulsión de extranjeros *no comunitarios*, que cuenta también con un régimen de excepciones.<sup>29</sup> Por su parte,

<sup>25</sup> Cfr. Benito Sánchez, D. (2021a: 303, y 2021b: *passim*); Terradillos Basoco, J. (2020: 82).

<sup>26</sup> Cfr. Olasolo, H. y Hernández Cortés, C.L. (2021: 230). Según estos autores existen distintas categorías de personas sin hogar: las que habitan la calle, los que duermen en albergues, etc., y conocer su número real se hace muy dificultoso.

<sup>27</sup> Cfr. Rulands, E. (2021: 284)

<sup>28</sup> Terradillos Basoco, J. (2020: 84). Con relación al trabajador extranjero cualificado, reflexiona Terradillos acerca de la situación de emergencia generada por la pandemia Covid, que llevó a reclutar sanitarios extranjeros homologando sus títulos en tiempo récord, haciendo desaparecer mágicamente una insufrible burocracia histórica. Seguramente, cuando pase la pandemia no se les renovará el contrato y se les invitará a marchar.

<sup>29</sup> Cfr. ampliamente Navarro Cardoso, F. (2021: 197 y sig.). Cabe destacar que los extranjeros comunitarios solo pueden ser expulsados si poseen el derecho de residencia en España, por motivos graves de orden o seguridad públicos (Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero).

establece el artículo 89.1 CP como regla general que “Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español”. Como destaca Navarro Cardoso, se trata formalmente de un sustitutivo penal ya que, aunque restrinja derechos de circulación y residencia, no es una pena en sentido estricto, sino una alternativa al cumplimiento de la pena de prisión.<sup>30</sup> En este contexto y aproximándonos a los sujetos excluidos, los extranjeros que se expulsan suelen reunir la doble condición de foráneos y pobres.<sup>31</sup> Existen millones de extranjeros bienvenidos en España: los turistas con dinero, que según los medios de comunicación conforman el motor de nuestra economía y de nuestro bienestar. También se distinguen migrantes buenos y malos, según entren regularmente por los controles migratorios de fronteras o lo hagan irregularmente sin pasar dichos controles.<sup>32</sup> También se vincula la extranjería con delincuencia, distinguiendo de manera burda y artificial a *inmigrantes trabajadores* y a *extranjeros delincuentes*. ¿Quiénes son finalmente sometidos a expulsión? *Los desgraciados*.<sup>33</sup>

## 5. La plutofilia

También llamado *derecho penal de clase* o *derecho penal del amigo*, es la vertiente que no discrimina al excluido, sino que es tolerante con lo funcional. El derecho penal contemporáneo aporta innumerables ejemplos de tratamiento suave hacia los delitos cometidos por quienes dirigen los negocios, la economía y la distribución de la riqueza, que se manifiesta desde el ámbito de la corrupción, la tributación e incluso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que ha generado la figura del *criminal compliance* para facilitar, entre otros objetivos, la impunidad.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> Cfr. Navarro Cardoso, F. (2021: 201 y sig.), quien destaca que la expulsión “no se vincula a fin resocializador alguno”, pudiendo favorecer el efecto contrario de la *desocialización*.

<sup>31</sup> Cfr. Navarro Cardoso, F. (2021: 218), quien destaca que estos son los migrantes que los medios de comunicación hacen más visibles.

<sup>32</sup> Sobre el cierre generalizado de fronteras en Europa como síntoma del capitalismo avanzado, cfr. Terradillos, J. (2020: 84 y sig.). El extranjero irregular está condenado a la marginalidad y a la economía sumergida.

<sup>33</sup> Cfr. Navarro Cardoso, F. (2021: 218 y sig.), quien destaca el “artificial binomio” inmigración-delincuencia, que da mucho juego a los medios de comunicación y que se aplica a los excluidos y “sin papeles”, personas sin recursos que no tienen arraigo laboral. El “peligroso inmigrante pobre”.

<sup>34</sup> Cfr. Terradillos Basoco, J. (2020: 71 y sig.).

## 5.1. La corrupción pública

Es *el lodo* de la política, de los partidos y de las personas, de *todos* los partidos y de muchas personas dentro de ellos, en España y en el resto del mundo. La casuística nacional e internacional en esta materia es muy amplia. Para luchar contra el amiguismo en la corrupción del sector público, debe profundizarse en la transparencia, en la educación y mantener, simultáneamente, una política criminal sin fisuras.<sup>35</sup> La corrupción pública ha sido calificada como la “compañera simbiótica de la gran delincuencia económica”.<sup>36</sup> Y no existe mejor ejemplo para hablar de plutofilia que el caso Odebrecht, monumental ejemplo de corrupción internacional en América Latina que ha implicado con sobornos a presidentes y gobiernos de innumerables países.<sup>37</sup> En todos los países y regiones es imprescindible la regeneración política, que se asienta fundamentalmente en el pilar de la lucha contra la corrupción.<sup>38</sup>

## 5.2. Los delitos tributarios y contra la Seguridad Social

Podría interpretarse que la inclusión de cuantías relevantes, como condiciones objetivas de punibilidad, que se prevé para los delitos de defraudación tributaria (120 000 euros, art. 305.1 CP) o el fraude de subvenciones (100 000 euros, art. 308 CP) tiene como finalidad favorecer la criminalización exclusiva de un grupo limitado de defraudadores, condonando a los demás. Siempre he entendido que se trata de una decisión conciliadora entre la política criminal y la política tributaria —imprescindible en estas materias—, y una exteriorización del principio de última *ratio*, que reserva la vía penal para las infracciones más graves y dedica la infracción administrativa —con san-

ciones también contundentes— para las infracciones menores.<sup>39</sup>

Siempre moviéndonos en el ámbito de la punibilidad, el delito de defraudación tributaria consagra otra institución polémica. Se trata de la regularización tributaria, presente en nuestro sistema penal desde la Ley Orgánica 6/1995, de 29 de junio, que exime de responsabilidad criminal, no solo del delito fiscal sino de las falsedades instrumentales, si el sujeto materializa *espontáneamente* el completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria. Se trata de un delito ya consumado, y aunque se fundamenta en la defensa de una política criminal coherente con las instituciones que proceden del derecho tributario, supone un tratamiento desigual respecto a quienes cometen cualquier otro delito, quienes no gozan de una vía de escape similar hacia la impunidad postdelictiva.<sup>40</sup>

En los delitos contra la seguridad social, el diferente tratamiento entre amigos y enemigos es más que evidente. La modalidad defraudatoria, normalmente dirigida a los empresarios, requiere superar determinadas cuantías económicas, concretamente 50 000 o 120 000 euros (arts. 307 y 307 bis CP). En cambio, el fraude de prestaciones de la seguridad social, susceptible de ser realizado por cualquier ciudadano trabajador, no impone cuantía mínima para habilitar una pena de prisión de seis meses a tres años. (art. 307 ter CP).<sup>41</sup>

## 5.3 La responsabilidad penal de las personas jurídicas

No hay tema de más actualidad entre los modernos penalistas que el de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su derivación hacia el *criminal compliance*. Aunque aparentemente se estaría consagrando la *plutofobia* para controlar criminalmente los desmanes económicos empresariales y su estela de corrupción, la realidad es muy distinta, porque esta responsabilidad y este *compliance* exteriorizan por regla general la *plutofilia* y también, al mismo tiempo, un gran negocio. Como se ha expuesto reiteradamente, el punto de partida de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y fundamentalmente

<sup>35</sup> Cfr. García Sánchez, B. (2021: 72 y sig.). En España, los famosísimos casos Malaya y ERE en Andalucía, Gürtel en Madrid, ITV's en Cataluña, etc., son ejemplos significativos de este tipo de corrupción.

<sup>36</sup> Cfr. Terradillos Basoco, J. (2020: 32).

<sup>37</sup> Cfr. Terradillos Basoco, J. (2020: 33). Ramírez Barbosa, P.A. (2018: 18 y sig.) describe la metodología de la empresa Odebrecht, que pagó a través de su “División de Operaciones Estructuradas” casi 800 millones de dólares en sobornos a agentes, partidos políticos, candidatos y presidentes para obtener más de 100 proyectos en países como Angola, Argentina, Brasil, Colombia, República Dominicana, Ecuador, Guatemala, México, Mozambique, Panamá, Perú, Venezuela y más.

<sup>38</sup> Cfr. ampliamente Terradillos Basoco, J. (2020: 110 y sig.).

<sup>39</sup> Cfr. Ferré Olivé, J. C. (2018: 284); Terradillos Basoco, J. (2020: 149).

<sup>40</sup> Cfr. Ferré Olivé, J. C. (2018: 290 y sig.).

<sup>41</sup> Cfr. Ferré Olivé, J. C. (2018: 840 y sig.); Terradillos Basoco, J. (2020: 153 y sig.).

## Indagaciones sobre aporofobia y plutofilia en derecho penal

del criminal compliance es el de una *autorregulación regulada*. El criminal compliance se presenta como un auténtico plan de prevención de riesgos penales, premiando con una exoneración o atenuación de la pena que pudiera corresponder a la persona jurídica. Sin embargo, se ha generalizado entre muchos autores la idea de que el *compliance* se convierte en una plena delegación regulatoria a las empresas que asumen códigos disciplinarios internos. Se habla, por ello, de una autorregulación regulada o *enforced self-regulation*,<sup>42</sup> caracterizada por Sieber como:

... una fórmula mixta o intermedia entre la autorregulación y la regulación estatal, que se caracteriza por conceder un margen de discrecionalidad a aquellos que deben concretar el programa y por las fórmulas que emplea para estimular o presionar para su adopción.<sup>43</sup>

Este concepto debe entenderse como la concesión de libertad a las empresas para regularse, pero a la vez esa libertad que se otorga no es plena, sino sometida a controles públicos obligatorios. Se trata de actividades riesgosas de todo tipo (sector económico-financiero, industria de alimentos, de medicamentos, etc.) que están sometidas a importantes controles administrativos que no pueden obviarse por el hecho de contar con un buen marco organizativo de prevención delictiva. Sin embargo, la expansión internacional de las empresas exige soluciones de control multirregionales, a partir de la mutación del régimen de intervención del poder público, consagrándose por ello un sistema de *gobernanza multinivel* en el marco del derecho administrativo.<sup>44</sup>

La autorregulación en materia penal no es más que la exclusión del derecho penal para resolver los posibles conflictos. Como acertadamente apunta González Cussac, todo se gesta en los Estados Unidos, donde se ha ido logrando primeramente la desregulación administrativa y de derecho privado, eliminando controles del Estado. Pero ante los increíbles escándalos financieros generados por grandes empresas debía recurrirse a la legislación penal: “aceptaban la

regulación (la posibilidad de castigo a la empresa), pero a cambio impusieron los programas de cumplimiento y prevención de delitos, una remozada traslación de los códigos de conducta al derecho penal (el incentivo)”.<sup>45</sup> El modelo se expandió posteriormente por todo el mundo occidental y más recientemente por el oriental.

En este mecanismo de criminal compliance, estructurado en torno a la autorregulación y a la vigilancia interna, el control del cumplimiento normativo (no violar la ley en general) que debería ejercitar permanentemente el Estado se traslada a la propia empresa. El ahorro de costes públicos en vigilancia y una mejora de resultados preventivos deberían resultar evidentes. Al hablar de autorregulación se advierte que existe previamente otro elemento equilibrante, pero mucho más oneroso desde la perspectiva del gasto público, como es el de la regulación por parte del Estado. La regulación marca las áreas de intervención pública prioritaria, aquellas que requieren un control más intenso. Dentro de estas áreas sensibles encontramos situaciones muy conflictivas, pues en determinados sectores es frecuente apreciar la *captura regulatoria*, que se da cuando el regulador público interviene favoreciendo intereses privados específicos o deja de intervenir y controlar, mermando la protección del interés general, manifestación evidente de *plutofilia*.<sup>46</sup> Puede hacerlo porque algún representante ha recibido sobornos, por presiones políticas directas o indirectas (grupos de presión en el parlamento), porque el político o responsable espera ser colocado en ese sector empresarial cuando abandone la función pública (las llamadas *puertas giratorias*) o por otras múltiples casusas.

Los recientes escándalos financieros internacionales (Arthur Andersen, Enron, Lehman Brothers, Siemens AG, Parmalat, los que afectan a fabricantes de automóviles, aviones, a la industria farmacéutica, etc.) están muy relacionados con el *capitalismo de amigos*, es decir, con la captura regulatoria, que se caracteriza por ceder espacios al regulado, una falta de control de la que suelen derivar auténticas catástrofes. Tal vez con estos precedentes podría afirmarse la ventaja de la autorregulación (*compliance*) frente al control estatal directo. Así se defiende doctrinal-

<sup>42</sup> Cfr. Braithwaite, J. (1982: 1466 y sig.).

<sup>43</sup> Así, Sieber, U. (2013: 77). Vid también Nieto Martín, A. (2008: 231 y sig.); Gómez Martín, V. (2013: 126), Cigüela Sola, J. (2015: 344 y sig.); Aguilera Gordillo, R. (2017: 105 y sig.); Coca Vila, I. (2013: 51 y sig.). Gómez-Jara (2018: 224) la denomina “heterorregulación de la autorregulación”, concepto de difícil manejo verbal.

<sup>44</sup> Ampliamente Aguilera Gordillo, R. (2017: 106 y sig.).

<sup>45</sup> Cfr. González Cussac, J.L. (2018: 98).

<sup>46</sup> Sobre esta problemática, cfr. Rose-Ackerman, S. y Palifka, B. (2016: *passim*), y en particular Dal Bo, E. (2006: 203 y sig.).

mente por Bermejo y Palermo, quienes sostienen que los ámbitos de autorregulación empresarial pueden “tener mejor en cuenta las diversas técnicas y especializaciones de la economía moderna que las regulaciones administrativas o jurídico-penales”. Basan su tesis en los “conocimientos especiales de las empresas”, en “sus posibilidades de intervención global (no siempre disponibles para el Estado o los organismos internacionales)”, así como en “su dominio de medios de control centrales para la prevención del delito, las competencias jerárquicas para dictar instrucciones y la disponibilidad del sistema de información”.<sup>47</sup> Se plantea, en definitiva, la difícil opción entre control estatal y autorregulación, aunque no puede ignorarse que la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el sistema autorregulatorio que consagra el compliance conforman hasta cierto punto una forma de *privatizar* el control del delito en el seno de las empresas.<sup>48</sup> En definitiva, la autorregulación no difiere demasiado de la captura regulatoria en cuanto que el regulador deja de intervenir y controlar, con lo que las ya mentadas empresas o sus competidores tendrán plena libertad para desarrollar o no una lucha preventiva de los escándalos económicos previamente descritos.

No puede dejar de preocuparnos la idea que se está difundiendo con gran reiteración en medios científicos, en el sentido que el Estado no puede controlar los avances técnicos y los riesgos que de ellos derivan y, consecuentemente, ante la carencia de suficiente formación, información y competencias, el Estado puede y debe retirarse de cualquier responsabilidad, confiando plenamente en la autorresponsabilidad empresarial. Consecuentemente, se habla de teoría de los sistemas, de *policentrismo*, de unas empresas que se han convertido en las mayores generadoras de riesgo y conocimientos, y de todo ello deriva la obligación de una sustancial transformación del Estado y del derecho.<sup>49</sup> El Estado se habría convertido en un *ente incapaz* y, abandonando posiciones intervencionistas, procedería a derivar el control de riesgos y exigir mayor responsabilidad a las empresas, adoptando

el mero papel de supervisor.<sup>50</sup> Otros autores matizan estas ideas asignando al Estado un simple cambio de rumbo en su estrategia y no el reconocimiento de su fracaso. Con la asunción de un papel supervisor el Estado no estaría en retirada, sino que tomaría el timón de la nave, logrando mejores resultados en la tarea de disciplinar la actividad empresarial.<sup>51</sup>

Existen otros planteamientos que acrecientan la perplejidad de cualquier observador racional cuando se postula la cesión a la empresa del *ius puniendi* sobre sus propios trabajadores, concediéndole facultades penales en relación con todos los delitos cometidos en su seno, generando importantes ahorros al Estado en la persecución, prueba y sanción de los hechos delictivos, planteamientos a los que no resta importancia un sector doctrinal en España.<sup>52</sup> Evidentemente, no pueden concederse a las normas autorregulatorias del sector privado los mismos efectos que reciben las normas que pertenecen en exclusiva a los poderes públicos.<sup>53</sup> Si se produjera una cesión del *ius puniendi* estatal a las empresas se estarían conculcando estrepitosamente las bases del Estado de derecho.

Por último, no puedo dejar de mencionar el enorme negocio empresarial y formativo que se ha tejido en torno al criminal compliance, por lo que se puede hablar de un auténtico *mercado de certificaciones*.<sup>54</sup>

## 6. El canibalismo plutofílico

Este concepto tan malsonante hace referencia a una realidad evidente: los peces grandes también se comen entre sí. Las pruebas son tan obvias que solo hace falta leer las noticias. Cada día en España un banco muy rentable se come a otro muy rentable. Algunos millonarios caen en desgracia mientras otros multiplican su fortuna. Los directivos o CEO en todo caso se autoindemnizan con millones de euros, mientras miles de trabajadores van a la calle; muchos de ellos sobrevivirán económicamente, otros entrarán en la espiral de la pobreza e incluso algunos de ellos caerán en los desahucios y otros pocos, tal vez, en el

<sup>47</sup> Así los consideran Bermejo, M. y Palermo, O. (2013: 176).

<sup>48</sup> Cfr. Sieber, U. (2013: 63 y sig.); Nieto Martín, A. (2013: 201). Así también Montiel, J.P. (2013: 224). Caro Coria D.C. (2018: 112) habla de la creación de un *sistema policial interno* que impida la comisión de delitos.

<sup>49</sup> La tesis es enunciada por Günther Heine y descrita y defendida en Gómez-Jara Díez, C. (2018: 215 y sig.).

<sup>50</sup> Cfr. Gómez-Jara Díez, C. (2018: 220 y sig.); Goena Vives, B. (2017: 208 y sig.).

<sup>51</sup> Cfr. Coca Vila, I. (2013: 46 y sig.).

<sup>52</sup> Cfr. Gómez-Jara Díez, C. (2018: 225 y sig.).

<sup>53</sup> Cfr. Coca Vila, I. (2013: 53).

<sup>54</sup> Cfr. Terradillos Basoco, J. (2020: 79). Se certifica a la empresa la existencia del programa, conforme a normas ISO o AENOR, se dictan cursos y certifica la formación de los compliance officers, se genera, en síntesis, un fabuloso negocio.

## Indagaciones sobre aporofobia y plutofilia en derecho penal

suicidio. ¿A alguien le importa? Terradillos Basoco afirma con acierto que a los mercados no les importa la lucha contra la delincuencia, sino solo la rentabilidad, es decir, una política criminal que les garantice la maximización de beneficios.<sup>55</sup> Mirado desde esta óptica, existen ámbitos concretos en los mercados en los que los grandes poderes GAFI y OCDE propugnan una lucha sectorial contra la delincuencia, la que permite a sus afines maximizar beneficios.

Esta situación es fruto directo de la globalización, en la que el llamado Estado regulatorio recurre a una delegación de sus propios poderes estatales hacia agencias independientes, que adquieren un poder ilimitado en algunas materias. Así, indica Silva Sánchez que son los técnicos los que deciden sobre qué y cómo sancionar.<sup>56</sup> En este contexto, como señala Varela, de forma inmediata se somete a los mercados, y de forma mediata, a los propios Estados.<sup>57</sup> Como apunta Terradillos Basoco, “a la inhibición reguladora pública se corresponde el empoderamiento de los mecanismos mercantiles de autorregulación. Y las dos caras del fenómeno generan su paralelo en el plano político-criminal”.<sup>58</sup>

Voy a hacer referencia, a título de ejemplo, al delito de blanqueo de capitales, en el que son los organismos financieros internacionales, que representan a las economías mundialmente más poderosas (GAFI), los que se ensañan contra los que utilizan el propio sistema financiero para blanquear capitales o financiar al terrorismo, es decir, a los propios banqueros, empresarios y profesionales *sin escrúpulos*. Pero ¿quién tiene escrúpulos en el mundo de los negocios? ¿Quién arrojará la primera piedra? El derecho penal se expande, crece, y lo hace amenazando con penas de prisión conductas de raíz administrativa con la exclusiva finalidad de repartirse mejor los mercados y enviar una señal de primacía ética que no se corresponde con sus inspiradores ni con sus orígenes. A nivel mundial todos los países han instaurado sus unidades de inteligencia financiera, sus mecanismos para recabar datos de infinitas operaciones económicas (de eso se trata, si hablamos de *inteligencia*), para operar como un *resorte selectivo* ante la fiscalía, para materializar así algunas respuestas punitivas y lograr una imponente posición de supremacía y de *poder político*.

El delito de blanqueo de capitales tiene múltiples caras, seguramente por ser una creación artificial y universal, aparecida a finales del siglo xx. Por ello puede pasar rápidamente de la plutofilia a la aporofobia. Se puede poner como ejemplo la situación vivida en la República Oriental del Uruguay. Este país ha funcionado históricamente como un *paraíso fiscal* basado en el secreto tributario y bancario. En 2017, a partir del dictado de la Ley 19.754 o Ley Integral de Lucha contra el Lavado de Activos, la *Suiza de América* ha modificado sustancialmente su marco normativo aplicando las recomendaciones del GAFI. De esta forma se ha pasado de la nada a ejercitar un control estricto contra el lavado de activos,<sup>59</sup> lo que ha generado que miles de millones de dólares allí depositados se trasladen a Miami.

## 7. Mejoras urgentes en la regulación jurídica: los delitos de odio y la agravante de discriminación

La preocupación por la aporofobia parece haber calado finalmente en los legisladores de muchos países. Existen propuestas legislativas para crear delitos particulares e incluso incrementar las penas en países como Alemania<sup>60</sup> o Argentina,<sup>61</sup> aunque en muchos otros no se contempla esta posibilidad.<sup>62</sup> España también se encontraba inmersa en dicho proceso, al menos en el plano científico. Desde esta perspectiva, se entendía que la aporofobia debía ser tratada como una modalidad dentro de los delitos de odio regulados por el artículo 510 y siguientes (CP), considerando que la pobreza y la exclusión social están comprendidas en este ámbito.<sup>63</sup> También se propuso su inclusión como agravante genérica por discriminación socioeconómica dentro de los supuestos contemplados en el artículo 22.4 CP.<sup>64</sup> La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia

<sup>59</sup> Cfr. Galain Palermo, P. (2020: 74 y sig.).

<sup>60</sup> Cfr. Rulands, E. (2021: 284). En Alemania un estudio ha demostrado que un número significativo de delitos de odio se dirige contra personas pobres.

<sup>61</sup> Cfr. Niño, L. (2021: 290).

<sup>62</sup> No lo hacen Italia (cfr. Messori, L. 2021:306), Brasil (Couto de Brito, A. y Moraes, J. 2021: 295) ni Polonia (Stefanska, B.J. 2021: 323), entre otros.

<sup>63</sup> Cfr. Benito Sánchez, D. (2021a: 301).

<sup>64</sup> Cfr. Bustos Rubio, M. (2020: 25 y sig.). Este autor contextualizaba el problema desde una perspectiva sociológica, con apoyo de datos empíricos y estadísticos, estudiando el procedimiento que se desarrolla ante los tribunales de justicia y formulando propuestas para mejorar la intervención penal en esta materia.

<sup>55</sup> Cfr. Terradillos Basoco, J. (2020:28).

<sup>56</sup> Cfr. Silva Sánchez, J.M. (2015: 1).

<sup>57</sup> Cfr. Varela, L. (2019:292).

<sup>58</sup> Cfr. Terradillos Basoco, J. (2020:30).

frente a la violencia, no se ha limitado a abordar el tema específico de los menores, sino que, como reza su exposición de motivos:

... dentro del espíritu de protección que impulsa este texto legislativo, se ha aprovechado la reforma para incluir la aporofobia y la exclusión social dentro de estos tipos penales, que responde a un fenómeno social en el que en la actuación delictiva subyace el rechazo, aversión o desprecio a las personas pobres, siendo un motivo expresamente mencionado en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En definitiva, y con excelente criterio, en nuestro Código Penal ya existe una circunstancia agravante genérica en el caso de que el sujeto cometa el delito por motivos de aporofobia o de exclusión social (art. 22.4 CP). Se contempla una modalidad delictiva de discriminación específica en el empleo público o privado cuando se violen por motivos de aporofobia los derechos de los trabajadores (art. 314 CP). La aporofobia también está presente en los “delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución”, concretamente cuando se discrimine u hostigue a otro por motivos aporofóbicos (arts. 511, 512 y 515.4 CP).

## 8. Conclusión

Para superar toda manifestación del derecho penal de autor en su vertiente aporofóbica no existe otro camino que retomar conceptos muy elementales, que sirven de punto de partida para procurar neutralizar esta tendencia.<sup>65</sup> A saber:

- La asunción real por parte de los poderes públicos de la *cláusula de inclusión social* del artículo 9.2 de la Constitución.
- El respeto y la vigencia de los derechos fundamentales que emanan de la Constitución. En esencia, los principios de igualdad y dignidad de la persona, basados en valores que el derecho penal debe proteger, pero que desde una perspectiva aporofóbica el sistema suele ignorar. Así, se deben establecer límites reales a los

poderes públicos y privados, evitando que se practique la exclusión y el rechazo por la vía punitiva.

- Como subraya Terradillos Basoco, corresponde realizar una revisión crítica del modelo económico neoliberal, replanteando cómo se concreta la tutela penal de los derechos económicos sociales y culturales (DESC), estrategia que debe estar presidida por los principios de igualdad e inclusión.<sup>66</sup>
- Una aplicación real y efectiva de las reformas incorporadas en distintos artículos del Código Penal, cuando los delitos se cometan por razones de aporofobia o exclusión social.

## 9. Bibliografía

- Acale Sánchez, M. (2021) “Mujer inmigrante y pobre: una mina para el derecho penal”, *Revista Penal* 47.
- Aguilera Gordillo, R. (2017) “Consideraciones para la fundamentación analítica de la responsabilidad penal de las corporaciones y los compliances”, en AA. VV., *Compliances y responsabilidad penal corporativa*, Navarra.
- Arce Acuña, A. (2021) “Costa Rica: aporofobia y derecho penal”, *Revista Penal* 47.
- Arenal Lora, L. (2019) *Crímenes económicos en derecho internacional: Propuesta de una nueva categoría de crímenes contra la humanidad*, Aranzadi, Navarra.
- Benito Sánchez, D. (2021a) “España: aporofobia y derecho penal”, *Revista Penal* 47.
- Benito Sánchez, D. (2021b) “Aporofobia y delito: la criminalización del top manta”, *Revista Penal* 48.
- Bermejo, M. y Palermo, O. (2013) “La intervención delictiva del compliance officer”, en AA. VV., *Compliance y teoría del derecho penal*, Madrid.
- Berster, L. (2021) “Criminalizing Lifestyles of ‘Asociality’ in Germany. The Historical Experience and a Potential Grounding in the Doctrine of ‘Functionalism’”, *Revista Penal* 47.
- Braithwaite, J. (1982) “Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control”, *Michigan Law Review* Vol. 80, No. 7, 1982.

<sup>65</sup> Sobre el derecho penal constitucional como derecho penal del hecho, *cfr.* Vidaurri, M. (2020a:306 y sig.)

<sup>66</sup> *Cfr.* Terradillos Basoco, J. (2020: *passim*, en particular 125 y sig.)

## Indagaciones sobre aporofobia y plutofilia en derecho penal

- Bustos Rubio, M. (2020) *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante*, JB-Bosch, Barcelona.
- Caro Coria, D.C. (2018) “Compliance y corrupción”, en AA. VV., *Responsabilidad penal de las empresas y compliance penal*, Santiago de Chile.
- Cigüela Sola, J. (2015) *La culpabilidad colectiva en el derecho penal*, Madrid.
- Coca Vila, I. (2013) “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, en AA. VV., *Criminalidad de empresa y compliance*, Barcelona.
- Cortina Orts, A. (2017) *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, Barcelona.
- Couto de Brito, A. y Moraes, J. (2021) “Brasil: aporofobia y derecho penal”, *Revista Penal* 47.
- Dal Bo, E. (2006) “Regulatory Capture: A Review”, *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 22, nº2.
- Ferré Olivé, J.C. (2018) *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Ferré Olivé, J.C. (2019) “Reflexiones en torno al compliance penal y a la ética de la empresa”, *Revista Penal* 44.
- Galain Palermo, P. (2020) “El delito de lavado de activos: ¿cómo y hasta dónde dirigir la política criminal internacional de lucha contra enemigos cuando se trata de los amigos?”, en AA. VV., *El derecho penal económico en su dimensión global*, Montevideo.
- Galain Palermo, P y Scaglione, R. (2021) “Uruguay: aporofobia y derecho penal”, *Revista Penal* 47.
- García Domínguez, I. (2021) “Exclusión social y criminalidad: un análisis de las instituciones aporóforas a través de los delitos patrimoniales”, *Revista Penal* 48.
- García Sánchez, B. (2021) “Algunas manifestaciones de la política criminal de exclusión. Derecho penal ‘del amigo’: corrupción pública (la criminalidad de cuello blanco)”, *Revista Penal* 47.
- Goena Vives, B. (2017) *Responsabilidad penal y atenuantes en las personas jurídicas*, Madrid.
- Gómez-Jara Díez, C. (2018) “La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en AA. VV., *Responsabilidad penal de las empresas y compliance penal*, Santiago de Chile.
- Gómez Martín, V. (2013) “Compliance y derechos de los trabajadores”, en AA. VV., *Compliance y teoría del derecho penal*, Madrid.
- González Cussac, J.L. (2018) “El plano político criminal en la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en AA. VV., *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Valencia.
- Hulkevych, V. (2021) “Ucrania: aporofobia y derecho penal”, *Revista Penal* 47.
- Jakobs, G. (2000) “Sobre la génesis de la obligación jurídica”, *Doxa* 23.
- Jiménez de Asúa, L. (1921) “La autorización para exterminar a los seres humanos desprovistos de valor vital”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* nº 16.
- Kunicka-Michalska, B (1994) “Pobreza, criminalidad y derechos humanos en Polonia”, *Eguzkiolore*, nº 8.
- Messori, L. (2021) “Italia: aporofobia y derecho penal”, *Revista Penal* 47.
- Montiel, J.P. (2013) “Autolimpieza empresarial: compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales”, en AA. VV., *Compliance y teoría del derecho penal*, Madrid.
- Muñoz Arango, C.E. (2021) “Panamá: aporofobia y derecho penal”, *Revista Penal* 47.
- Muñoz Conde, F. (2003) *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo*, 4ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- Navarro Cardoso, F. (2021) “Análisis del artículo 89 del Código Penal español, y unas reflexiones con perspectiva aporofóbica”, *Revista Penal* 47.
- Nieto Martín, A. (2008) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid.
- Nieto Martín, A. (2013) “La privatización de la lucha contra la corrupción”, en AA. VV., “*El derecho penal económico en la era del compliance*”, Valencia.
- Niño, L. (2021) “Argentina: aporofobia y derecho penal”, *Revista Penal* 47.
- Olasolo, H. y Hernández Cortés, C.L. (2021) “El tratamiento de la aporofobia en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: particular atención a las agresiones discriminatorias contra los habitantes de la calle”, *Revista Penal* 47.
- Pena González, W. (2021) “El comunitarismo y el derecho penal de aporofobia”, *Revista Penal* 47.

- Pérez Cepeda, A. (2021) “La ocupación de un inmueble sin violencia o intimidación: un delito innecesario”, *Revista Penal* 48.
- Prado Saldarriaga, V.R. (2021) “Perú: aporofobia y derecho penal”, *Revista Penal* 47.
- Ramírez Barbosa, P.A. (2018) “La ley contra prácticas corruptas en el extranjero”, en AA. VV., *Desafíos del derecho penal de la sociedad del siglo xxi. Libro homenaje a Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*, Bogotá.
- Ramírez Barbosa, P.A. y Ferré Olivé, J. C. (2019) *Compliance, derecho penal corporativo y buena gobernanza empresarial*, Tirant lo Blanch, Bogotá.
- Rincón Rincón, J. E. (2021) “Venezuela: aporofobia y derecho penal”, *Revista Penal* 47.
- Rose-Ackerman, S. y Palifka, B. (2016) *Corruption and Government*, 2ª ed., Nueva York.
- Rulands, E. (2021) “Alemania: aporofobia y derecho penal”, *Revista Penal* 47.
- Sieber, U. (2013) “Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, en AA. VV., *El derecho penal económico en la era del compliance*, Valencia.
- Silva Sánchez, J.M. (2015) “¿Derecho penal regulatorio?”, *InDret* n° 2.
- Stefanska, B.J. (2021) “Polonia: aporofobia y derecho penal”, *Revista Penal* 47.
- Terradillos Basoco, J. (2020) *Aporofobia y plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*, JB Bosch, Barcelona.
- Terradillos Basoco, J. (2020b) “Política criminal de exclusión: aporofobia y plutofilia”, *Revista Penal* 46.
- Varela, L. (2018) “¿Expansión irrazonable del lavado de dinero?”, *Revista Penal México* n° 14/15.
- Vidaurri Aréchiga, M. (2020a) “El derecho penal frente a la aporofobia”, *Criminalia*, Año LXXXVII, diciembre 2020.
- Vidaurri Aréchiga, M. (2020b) *Indagaciones en torno al populismo penal en México*, ed. Tirant lo Blanch, México.
- Zúñiga Rodríguez, L. (2009) *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra.





## Apuntes sobre responsabilidad penal y *compliance* en el Uruguay: una discusión pendiente\*

**Pablo Galain Palermo**

*Investigador y docente de la Universidad Andrés Bello, Facultad de Derecho, Santiago de Chile. Doctor europeo en Derecho (Universidad de Salamanca). Director de OLAP e investigador de la ANII (Uruguay).*

**Sofía Lascano**

*Abogada por la Universidad de la República, Uruguay. Especialista en Cumplimiento Normativo Penal por la Universidad de Castilla La Mancha, España, y maestranda en Derecho Empresario por la Universidad de San Andrés, Argentina. Investigadora de OLAP y CRIMINT (Centro Internacional de Investigación Aplicada en Derecho Penal).*

**RESUMEN:** El artículo se dedica al tratamiento de las innovaciones más importantes en materia penal en el Uruguay, como es la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el *compliance* criminal.

**PALABRAS CLAVE:** Uruguay, Personas jurídicas, Responsabilidad penal, Criminal *compliance*.

**ABSTRACT:** The article is dedicated to the treatment of the most important innovations in criminal matters in Uruguay, such as the criminal liability of legal persons and criminal *compliance*.

**KEY WORDS:** Uruguay, Legal persons, Criminal liability, Criminal *compliance*.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. *Compliance*, derecho penal y su relación con la teoría del delito. ¿Quién es responsable?. 3. *Compliance* y el ordenamiento jurídico uruguayo. 4. La función de los programas de *compliance* en Uruguay. 5. A modo de conclusión.

Rec: 07-09-2021 | Fav: 22-10-2021

\* Esta contribución corresponde a un extracto, forma parte de Ontiveros/Rodríguez (Eds.), *Tratado anglo-iberoamericano en compliance penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 833-874.

## 1. Introducción

El *compliance* penal es un tema reciente en la discusión académica. Este artículo se refiere a la funcionalidad del sistema de *compliance* en el ordenamiento jurídico penal uruguayo, cuestión que por el momento no ha sido explorada por el legislador. La responsabilidad penal de las personas jurídicas y los programas de cumplimiento son temas ajenos al derecho penal, pero ello no quiere decir que ambas cuestiones sean desconocidas para el ordenamiento jurídico uruguayo, que las vincula principalmente a la prevención del lavado de dinero<sup>1</sup> y la financiación del terrorismo.<sup>2</sup> Asumiendo que nos vamos a referir a una cuestión meramente doctrinal o de *lege ferenda*, esperamos que esta contribución sirva como aporte o disparador para un análisis futuro que debe hacerse con relación a la necesidad y, en su caso, las condiciones en las que introducir los programas de *compliance* y la responsabilidad de las personas jurídicas dentro del sistema penal,<sup>3</sup> bajo el supuesto de que el derecho penal pueda cumplir con expectativas concretas de prevención. No obstante esto, auguramos que esta discusión no tardará en tener lugar a nivel político y legislativo, pues se anuncia que Uruguay tiene intenciones de ingresar como miembro pleno de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) en el futuro cercano.<sup>4</sup> Si este proceso político de integración avanza, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, así como la corrupción entre privados serán dos temas que muy pronto ocuparán la atención de la doctrina nacional.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Hefendehl, Roland y Galain Palermo, Pablo, *El derecho penal económico en su dimensión global. Dogmática, criminología y política criminal*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2021.

<sup>2</sup> Sobre estos temas, Galain Palermo, Pablo, "Terrorismo y financiación del terrorismo en Uruguay", en Ambos/Malarino/Steiner (eds.), *Terrorismo y derecho penal*, 2015, pp. 277-318.

<sup>3</sup> Sobre el tema, Galain Palermo, Pablo, "Empresas, derecho penal y derechos humanos: la necesidad de un concepto amplio de sanción", Galain Palermo/Saad-Diniz (Eds.) *Responsabilidad empresarial, derechos humanos y la agenda del derecho penal corporativo*, Santiago: Tirant lo Blanch, en prensa; Galain Palermo, Pablo, "Ámbito corporativo y ¿violación de los derechos humanos? En América Latina, Saad-Diniz/Vitti (Coords.), *Corrupção, direitos humanos e empresa*, Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, pp. 53-82.

<sup>4</sup> Extraído de: <https://www.elpais.com.uy/economia-y-mercado/cerca-ocde-uruguay.html>, visitado el 13.07.2020.

<sup>5</sup> Sobre la corrupción en Uruguay, Galain Palermo, Pablo, "Análisis de la política criminal contra el problema de la corrupción en Uruguay", en Olásolo (Ed.) *La respuesta al fenómeno de la corrupción desde los ámbitos iberoamericano e internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 383-442; "Los problemas de una política criminal de lucha contra la corrupción política mediante el castigo

La doctrina acepta que el *compliance* se relaciona con los delitos del denominado derecho penal económico y, en particular, de los delitos cometidos por empresas.<sup>6</sup> En Uruguay el desarrollo del derecho penal económico es escueto, y el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas apenas ha sido discutido; sin embargo, la doctrina mayoritaria es consistente en no admitirla. Desde hace años algunos autores consideran que no es admisible la responsabilidad penal de la persona jurídica fundamentándose en que en nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad está ligada a la persona física, tal como surge de las normas de nuestra Constitución, especialmente del artículo 72. También se argumenta que no lo permite el artículo 30 del Código Penal uruguayo (CPU) sobre la imputabilidad y el artículo 18 del mismo cuerpo normativo sobre la culpabilidad. Sin dichas cuestiones saldadas, es muy difícil imaginar sistemas de *compliance* penal correctamente estudiados y regulados. Por ello, a través de la norma administrativa se encuentra hasta el día de hoy la forma más oportuna de sortear los *obstáculos* de la teoría de la imputación por medio de la aplicación de normas penales sucintas, con el inconveniente de las lagunas y vacíos que ocasiona un sistema basado en un *compliance* en manos de privados. De esta forma, en Uruguay se opera a través de un sistema mixto, en donde la administración de justicia y los sujetos obligados del sector privado trabajan en conjunto frente a determinadas operaciones financieras que por su magnitud e impacto deben ser especialmente analizadas, con la salvedad de que en muchas ocasiones la administración pública, por un lado, y los privados, por el otro, no comparten los mismos incentivos.

## 2. *Compliance*, derecho penal y su relación con la teoría del delito. ¿Quién es responsable?

Los términos *compliance programs*, *risk management*, *corporate governance*, *business ethics*, y *codes of conduct* están relacionados entre sí y describen nuevos conceptos de dirección empresarial y de *compliance* específicamente. En este trabajo usamos el término *compliance* o programa de *compliance* en

del abuso de la función. ¿Una estrategia exclusivamente uruguayo?", *Revista Política Criminal*, Chile, en prensa.

<sup>6</sup> Por todos, Rotsch, Thomas, "Sobre las preguntas científicas y prácticas del criminal *compliance*", *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, 3, 2015, CEDPE, Lima, pp. 15 y s.

forma alternativa para referirnos al mismo concepto. Estos programas surgen como consecuencia de graves escándalos financieros en los que estuvieron involucradas importantes empresas y que provocaron enormes daños sociales (y reputacionales para las empresas involucradas). En lo que refiere al sistema penal la discusión es reciente y nace vinculada a los delitos cometidos en el sistema económico-financiero por las empresas y por el personal que trabaja en ellas. La complejidad de estos delitos ha llevado a que el propio Estado tenga interés en el desarrollo de estos programas para trasladar de alguna manera a los privados tareas relacionadas con la prevención del delito. De este modo, tanto las empresas como también los sistemas legales pensaron en estos nuevos conceptos con el fin de mejorar la dirección de la empresa a través de medidas de orientación a la dirección empresarial hacia valores éticos y de prevención,<sup>7</sup> al mismo tiempo de mejorar la prevención del delito. Los programas de *compliance* en la mayoría de los ordenamientos en los que ya han sido reconocidos se adscriben principalmente a la política criminal de lucha contra el lavado de activos y la corrupción. En este marco, entre los deberes principales contenidos en dichos programas ocupan lugares esenciales el deber (omisivo) de “no ejecutar” y el deber (activo) de “informar” aquellas operaciones inusuales que puedan ser catalogadas como “operaciones sospechosas”.<sup>8</sup> Lo interesante de este sistema de “contralor” y “prevención” es que su contenido es determinado por la propia empresa en lo que se denomina un sistema de autorregulación regulada o coregulación, pues, a su vez, dicha empresa es controlada por la regulación del Estado (heterorregulación).<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Sieber, Ulrich, “Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, en Arroyo Zapatero/Nieto Martín (Dir.), *El derecho penal económico en la era compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 64.

<sup>8</sup> Bermejo, Mateo, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Un análisis jurídico-económico*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 244.

<sup>9</sup> Cufre, Denisse/Raskovsky, Rodrigo/Lascano, Sofia/Botero, Santiago, “Autorregulación empresarial”, Böhm, Maria Laura (Dir.), *Empresas transnacionales, recursos naturales y conflicto en América Latina. Para una visibilización de la violencia invisible*, Universidad de Buenos Aires, Argentina, 2020, pp. 47 y ss. Estos programas contienen generalmente normas de gestión del riesgo, códigos de conducta, identificación de líneas de responsabilidad, sistema de información, normas de evaluación y control e incentivos eficaces para el cumplimiento de las normas. Bermejo, Mateo, *Prevención y castigo*, cit., p. 272,

En nuestro tiempo el derecho penal reactivo construido sobre la base del delito doloso y con fines preventivos especiales o generales positivos o negativos está en cuestionamiento. La dogmática construida durante el siglo XIX y gran parte del XX con base en la disputa de la imputación explicada por la causalidad o la finalidad (ambas con raíz en la realidad o en estructuras lógico-objetivas como si fueran verdades que el legislador solo puede valorar y recoger en los tipos penales) viene siendo fuertemente controvertida por una dogmática funcionalista que requiere “sustituir” lo ontológico por lo normativo, los “conocimientos” y “voluntades” de los imputables por “deberes” que pre-constituyen “roles” y “esferas de competencia”. En su versión moderada esta propuesta normativista introduce en las categorías de la teoría del delito las variables político-criminales que también influyen en la fundamentación y determinación del sentido, fin y medida de la pena. La política criminal hoy en día asume la preocupación sobre el control preventivo de disfunciones sociales relacionadas con la criminalidad económica, el lavado de activos, el tráfico de drogas, la responsabilidad por productos defectuosos o por el daño al medio ambiente, provocando una crisis en la propia función del bien jurídico que ya no protege las esferas personales de libertad.<sup>10</sup>

El denominador común de todas estas preocupaciones es que todas ellas son cometidas principalmente por empresas.<sup>11</sup> La potencialidad de daño para los más valiosos bienes jurídicos es muy grande, y la acusación de daños irreversibles para las personas y el medio ambiente depende en gran parte de la exclusiva voluntad de las empresas más poderosas en la conducción de sus operaciones. A la gravedad y el peligro constante relacionado con la extracción de materias primas hay que sumar la ausencia o escaso control (prevención y represión) por parte de las autoridades

<sup>10</sup> Hassemer, Winfried, “Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts”, *ZRP*, 10, 1992, pp. 378-383; Prittwitz, Cornelius, “El derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal”, en *La insostenible situación del derecho penal*, Comares, Granada, 2000, pp. 427-446. En relación con los delitos económicos, Aires de Sousa, Susana, *Os crimes fiscais. Análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 193 y ss.

<sup>11</sup> Heine, Günter, “La responsabilidad penal de las empresas: evolución y consecuencias nacionales”, en Hurtado Pozo/Del Rosal/Simons, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 49-72.

Apuntes sobre responsabilidad penal y *compliance* en el Uruguay: una discusión pendiente

estatales, cuyas economías se ven notoriamente impulsadas por estos grandes emprendimientos.<sup>12</sup>

Como aconteció a fines del siglo XIX, esta nueva política criminal busca construir un sistema penal preventivo, como si se quisiera reconstruir aquella “defensa social” que vuelva a poner la mira en el peligro que representan determinados autores y en la construcción de un catálogo de sanciones “a la medida” de las necesidades del caso concreto<sup>13</sup> para la lucha o combate contra determinados fenómenos que la “comunidad internacional” entiende ponen en “peligro” a los intereses fundamentales de una “sociedad global”, que es ahora la que dicta las normas de la “convivencia” globalizada. Las exigencias de esta nueva política criminal parecerían conducir a repensar las categorías de la dogmática penal para poder hacer frente a las necesidades preventivas de este tiempo. Ahora bien, hasta que esta nueva dogmática sea construida y globalizada, cada ordenamiento jurídico penal hace sus intentos de prevención y reacción ante las nuevas formas de criminalidad consideradas peligrosas, esto es, aquellas escogidas primero por el legislador y luego por los operadores de la administración de justicia.

Si pensamos en Uruguay, que es el caso que nos convoca, nos encontramos con el contrasentido de que para los criminales más poderosos se admitan todo tipo de herramientas de negociación basadas en la “cooperación” o “colaboración” con la investigación que permiten reducir o, incluso, eximir de castigo,<sup>14</sup> pero para los delincuentes comunes que cometen los delitos tradicionales contra el patrimonio o quienes cometen delitos imprudentes el margen de maniobra se acorta. En julio de 2020 una Ley de Urgente Consideración derogó la suspensión condicional del proceso por considerarla demasiado “benigna” (artículo 12) pero amplió la posibilidad de la “colaboración

eficaz” o “delación premiada” para todos los delitos penales competencia de los Juzgados Letrados en lo Penal (artículo 33).

Estas incongruencias intrasistémicas demuestran que la efectividad (concepto en el que cabe incluir la finalidad de lograr un decomiso o una compensación de parte del delincuente dentro de una “negociación”) es la lógica que mueve a la política criminal preventiva en un sistema funcional a dichos objetivos y a una gestión del delito que parece más preocupada en llegar a acuerdos con los delincuentes más peligrosos (o poderosos) y ampliar la pena de privación de libertad para los delincuentes comunes o imprudentes.

Según Tiedemann, a nivel nacional el legislador reacciona contra las empresas con distintas herramientas: *a.* responsabilidad civil (subsidiaria o acumulativa a los delitos cometidos por sus empleados); *b.* medidas de seguridad (del derecho administrativo o de policía, como por ejemplo, la confiscación conocida en el derecho tributario y aduanero); *c.* sanciones administrativas (financieras o *cuasi penales*); *d.* responsabilidad penal (vicarial, de la empresa y de las personas físicas); *e.* medidas mixtas (penales, administrativas, civiles, como la disolución, la intervención por síndicos, administración forzosa, etc.).<sup>15</sup> El número de Estados que castigan penalmente a las empresas a nivel nacional aumenta exponencialmente e, incluso, se discute la posibilidad de una responsabilidad penal internacional, para lo que se han construido distintas teorías que posibilitan la imputación por “atribución” u “organización”.<sup>16</sup>

El modelo tradicional construido para negar la responsabilidad de las personas jurídicas es un modelo de atribución, donde la “actuación en lugar de otro”<sup>17</sup>

<sup>12</sup> Tiedemann, Klaus, Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad, Grijley, Lima, 2007, pp. 92 y s.

<sup>13</sup> Ambos, Kai, “Fundamentos de la responsabilidad penal internacional de las empresas”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 12, 2018, pp. 583-603; Demetrio, Eduardo, “Presentación: Vulneración de derechos humanos por empresas multinacionales: ¿De un derecho penal económico transnacional a un derecho penal internacional económico?”, Demetrio/Nieto (Dirs.), *Derecho penal económico y derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 11-23.

<sup>14</sup> Este era el modelo de responsabilidad único que estaba vigente en España hasta la reforma del Código Penal de 2010 que introdujo la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas. Ver De la Cuesta, Jose Luis/Perez Machio, Ana, “O direito penal das pessoas jurídicas: a reforma do Código Penal de 2010”, Terra de Oliveira et al. (Orgs.), *Direito penal econômico: Estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann*, LiberArs, São Paulo, 2013, pp. 319-347.

<sup>12</sup> Ver Böhm, Maria Laura, “Criminal Business Relationships Between Commodity Regions and Industrialized Countries: The Hard Road From Raw Material to New Technology”, *Journal of White Collar and Corporate Crime*, Vol. I, 2020, pp. 34-49; “Empresas transnacionales, violaciones de derechos humanos y violencia estructural en América Latina: un enfoque criminológico”, *Revista Crítica Penal y Poder*, nº 13, Octubre, pp.41-65.

<sup>13</sup> Prins, Adolphe, *La defensa social y las transformaciones del derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2010.

<sup>14</sup> Galain Palermo, Pablo, ¿“Un sistema penal construido sobre la base de la delación? Los arrepentidos que colaboran con la administración de la justicia penal”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Da Costa Andrade*, Vol. II, Universidade de Coimbra, 2017, pp. 385-405

se basa en la teoría de la identificación,<sup>18</sup> esto es, la empresa solo puede ser responsable si es identificada con las personas que actúan por ella. El segundo modelo de responsabilidad es el de “organización deficiente”, donde se reconoce una culpabilidad por la conducción del negocio por el manejo deficiente del riesgo que permite la realización típica del mismo.<sup>19</sup> La fórmula alemana de la “irresponsabilidad organizada”, que se adjudica a Ostermeyer a principios de los 70, demuestra las dificultades para imputar a personas físicas en grandes empresas con división de tareas e información compartimentada que conducen a la irresponsabilidad colectiva y legítimas esferas de impunidad. Por eso, la organización deficiente se comprueba cuando se demuestran las deficiencias organizativas, como cuando falla el deber de vigilancia, a lo largo de la conducción en la vida<sup>20</sup> (y no cuando se puede probar la responsabilidad individual) que permita demostrar en una “dimensión temporal” una “culpabilidad por organización”.<sup>21</sup> El dominio del hecho aquí se analiza como dominio de la organización, del que se desprende un dolo o culpa colectivo de la empresa, que nos deja como cuestión problemática la delimitación concreta de aquellos actos generadores de la responsabilidad.<sup>22</sup> Por ello, Heine prefiere una

responsabilidad vicarial donde pueda imputarse según las esferas de responsabilidad a la empresa y a las personas físicas que actúan por ella, según corresponda, en un modelo que en cuanto a las consecuencias se asemeja a un modelo de medidas de seguridad.<sup>23</sup> La persona jurídica es pasible de imputación y reproche (culpabilidad, responsabilidad) porque también a efectos punitivos puede ser considerada “persona” en tanto es portadora de un papel o rol en activo en el seno de la sociedad en la que interactúa (contrae obligaciones) y a la que se le pueden atribuir distintas competencias. Siguiendo estos lineamientos los programas de *compliance* parecen encajar en un sistema de imputación para las empresas que pueda reaccionar mediante penas y medidas, aunque también podría hacerlo mediante una tercera vía mediante la reparación del daño.<sup>24</sup> Hace tiempo que parte de la doctrina reclama un derecho penal de la empresa y que esta pueda ser una solución más eficaz para el problema de la criminalidad económica.<sup>25</sup>

El derecho penal alemán es el más reticente a aceptar que las categorías como la acción, la culpa y la pena puedan ser aplicadas a las personas jurídicas.<sup>26</sup> Para el castigo de estas se construyó todo un sistema de contravenciones al orden (*ordnungswidrigkeiten*) donde se sustituye la palabra culpa/culpabilidad (*schuld*) por reproche/reprochabilidad (*vowerfbarkeit*), esto es, donde ya no se habla de culpabilidad sino de reprochabilidad o donde no existen penas de multas (*geldstrafe*) sino multas administrativo-penales (*geldbusse*), a pesar de que estas persiguen fines retributivos y preventivos (reproche ético y moral)<sup>27</sup> y superan en millones de euros a las penas de multa calculadas por el sistema de días-multa que considera la capacidad patrimonial del condenado.<sup>28</sup>

<sup>18</sup> El art. 14 StGB extiende la autoría para que abarque a aquellos que realizaran los elementos del tipo (en delitos especiales) cuando las características exigidas allí recayeran en persona distinta de la que lo ha ejecutado produciendo un desplazamiento de la responsabilidad hacia abajo (representante). Ver Abanto, Manuel, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿Un problema del derecho penal?”, *Derecho&Sociedad*, 35, 2010, pp. 191-211.

<sup>19</sup> Tiedemann, Klaus, “Die ‘Bebußung’ von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 19, 1988, pp. 1169-1173. Tiedemann sugiere que hay una tendencia a nivel comunitario de reconocer la culpabilidad de la empresa mediante la comparación con otras empresas del mismo tamaño y situación paralela, lo que surge de “doctrinas penales que basan el concepto de la culpa en la comparación con el cumplimiento de deberes por personas calificables como ‘razonables’”. *Lecciones de derecho penal económico* (comunitario, español, alemán), ppu, Barcelona, 1993, p.233.

<sup>20</sup> Lampe, Ernst-Joachim, “Systemunrecht und Unrechtssysteme”, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 106, 1994, p. 732.

<sup>21</sup> Heine, Günter, “La responsabilidad penal”, cit, pp. 59 y 68.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 60. “Por ejemplo, un dominio funcional-sistemático de la organización remplace el dominio del hecho individual. Este dominio de organización de la empresa es deficiente, si la empresa omite la posibilidad de remediar a tiempo y de manera adecuada el peligro, y si descuida de planificar e invertir en programas de prevención. Los deberes pueden además ser precisados a nivel de cada división particular de la empresa de acuerdo a las funciones de la misma”. De esta manera hay dos ámbitos de responsabilidad distintos, uno colectivo y otro de los individuos. *Ibidem*, pp. 70 y s.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>24</sup> Roxin, Claus, “Zur Wiedergutmachung als einer ‘dritten Spur’ im Sanktionensystem”, *Arzt et al. (Hrsgs.) Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag* 22. Juni 1992, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1992, pp. 243-254; “Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad”, en AA. VV., *Determinación judicial de la pena*, Del Puerto, Buenos Aires, 1993, pp. 15-49.

<sup>25</sup> Por todos, Tiedemann, Klaus, *Lecciones de derecho penal económico*, cit, p. 232.

<sup>26</sup> En profundidad, Engelhart, Marc, *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance. Eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA*, Duncker&Humblot, Berlin, 2010.

<sup>27</sup> Tiedemann, Klaus, *Derecho penal*, cit., p. 98.

<sup>28</sup> Sobre el tema, Abanto, Manuel, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, cit, p. 192.

La capacidad de actuar no resulta difícil de aceptar siempre que pueda especificarse a través de qué órganos se forma la “voluntad colectiva” que se traduce en “actos”, de modo que la “capacidad de obrar” sienta las bases para la “capacidad de culpabilidad” y la “capacidad de punibilidad”.<sup>29</sup> Una vez que se determina el modo en que la empresa se manifiesta y obra, quedan sentadas las bases para la responsabilidad de esta (con independencia de la responsabilidad individual de quienes actúan por la empresa, donde habrá que ver si existen justificaciones, excesos, exculpaciones, etc.).<sup>30</sup> Parece claro que las infracciones o delitos cometidos por empresas no deberían ser consideradas como “culpabilidad moral” sino que tiene que tratarse como una “culpabilidad normativa” que reproche a las entidades jurídicas por descuido intencional o imprudente de su responsabilidad social en el cuidado de los bienes jurídicos vinculados a sus competencias, principalmente cuando se trata de actividades que impliquen el dominio sobre determinados riesgos.<sup>31</sup>

La culpabilidad de la empresa (acción organizacional) no guarda relación con el principio de dignidad humana, sino que radica en la decisión contraria al derecho a pesar de que existía la posibilidad de actuar de otro modo.<sup>32</sup> Las empresas son capaces de contraer obligaciones y se benefician en términos económicos cuando se aprovechan de su mala organización y mal uso de la *due diligence*. Estas conductas pueden ser reprochadas, y tales sanciones tienen la potencialidad

de cumplir con todos los fines preventivos y funciones retributivas adjudicados a las penas.<sup>33</sup> La urgencia de prevenir lesiones al medio ambiente que ponen en riesgo mediato la vida o la salud de las personas legítima el uso de sanciones contundentes aplicadas a la propia empresa, aun cuando no se pueda demostrar la culpabilidad individual de quienes hayan actuado por ella. La posibilidad de imputar una lesión de bienes jurídicos penalmente protegidos a una empresa de forma directa, esto es, sin que se tenga que imputar a las personas físicas que actúan en su nombre o en “lugar de ella” es negado principalmente por la doctrina alemana. Se dice que la persona jurídica no puede ser castigada penalmente porque el principio de identidad o personalidad de la pena está íntimamente relacionado con el principio de culpabilidad y, por tanto, los castigos no pueden ser transferidos y asumidos por terceras personas, como sí sucede cuando se aplica una multa como sanción administrativa que puede incluso ser trasladada a una compañía de seguros.

En lo que refiere a la imputación, la doctrina alemana exige identidad entre quien comete el delito y quien recibe la pena, de modo que la pena (por ejemplo, de multa) no podría ser trasladada a los accionistas.<sup>34</sup> El principio de identidad de la pena y su relación con el principio de culpabilidad no se rompe porque el monto de una multa, la reparación del daño, la suspensión de actividades de la empresa o el propio cierre de esta afectan a sus accionistas, pues son ellos quienes también deben sufrir las consecuencias de los “defectos” en la conducción de esta. Un derecho penal económico centrado en la responsabilidad de las personas físicas que actúan por las empresas sería insuficiente desde el punto de vista preventivo.<sup>35</sup> Debemos tener en cuenta que la culpabilidad no es la única estructura de responsabilidad jurídicamente aceptada, en lo que respecta a las personas jurídicas tradicionalmente se han aplicado medidas de seguridad, si bien ellas han respondido a una finalidad de contención de la “peligrosidad” que no puede ser extendida de tal forma que pueda ser considerada como un verda-

<sup>29</sup> La doctrina reconoce que tanto el ilícito penal como el administrativo tienen un contenido material semejante y la misma estructura lógica, pero solo se admite la extensión de algunos principios fundamentales del derecho penal a las infracciones administrativas. Ver De Palma, Ángeles, El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, Tecnos, Madrid, 1996, p. 27. De lo que se trata es de encontrar los principios propios que fundamenten la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que no tienen por qué coincidir exactamente con los principios desarrollados para la imputación y castigo de las personas físicas.

<sup>30</sup> Roth, Robert, “Responsabilidad penal de la empresa: modelos de reflexión”, en Hurtado Pozo/Del Rosal/Simons, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 194 y ss.

<sup>31</sup> Silva Sánchez niega esta posibilidad porque la persona jurídica no tiene libertad ni autoconciencia, por lo que no reúne las características mínimas de la acción humana que permitan la imputación subjetiva y la culpabilidad, porque no se puede reprochar jurídicamente a un sujeto que carece de conciencia y libertad. Silva Sánchez, Jesús, *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, 2ª ed, Edisofer, Madrid, 2016, p. 311.

<sup>32</sup> Ortmann, Günther, “Für ein Unternehmensstrafrecht. Sechs Thesen, sieben Fragen, eine Nachbemerkung”, *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht*, 6, 2017, pp. 245 y ss.

<sup>33</sup> Tiedemann, Klaus, *Lecciones*, cit, p. 234; *Derecho penal*, cit, pp. 101 y ss.

<sup>34</sup> Montiel, Juan Pablo, “Cuestiones problemáticas de la sucesión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho argentino”, *En Letra: Derecho Penal*, VI, 9, 2019, pp. 78-102.

<sup>35</sup> Roth, Robert, “Responsabilidad penal de la empresa: modelos de reflexión”, cit., pp. 177-224.

dero juicio de responsabilidad.<sup>36</sup> Para las empresas puede construirse un injusto de tipo “colectivo” (que no dependa de la sumatoria de injustos individuales de personas que “actúan” en su nombre) basado en “—defectos organizativos no reconducibles a injustos individuales— que radican en el nivel estructural-colectivo y no en el individual”,<sup>37</sup> de modo que la responsabilidad surge de un “contexto estructural” que puede ser considerado en sí mismo criminógeno.

En realidad, más allá de matices, la doctrina favorable a la responsabilidad penal de las personas jurídicas acepta que se trata de una responsabilidad por defectos organizativos, cuando debió mantenerse otro tipo de *due diligence* o de cuidado respecto al cumplimiento de normas de conducta relacionadas con determinados bienes jurídicos, que pueden ser imputados. En relación con la persona jurídica ya no estaríamos en el plano del dolo o la imprudencia (aplicable a las personas físicas),<sup>38</sup> sino en la comprobación de criterios objetivos como el riesgo permitido y otros criterios similares a los subjetivos como la “gravidad del defecto estructural”.<sup>39</sup> La realidad parece sugerir que hay dos planos distintos de deberes, sujetos obligados y de imputación: uno para las personas jurídicas

(en su ámbito de responsabilidad) y otro para las personas físicas que cumplen determinados roles en la empresa (en su ámbito de responsabilidad). Entre ambos planos de responsabilidad habría comunicación, que influye en la medida de responsabilidad sobre “el grado de influencia del defecto estructural en la acción delictiva”.<sup>40</sup>

Ahora bien, como no estamos en el campo de la culpabilidad tampoco estaríamos en el de la pena, sino de algo intermedio entre las medidas de seguridad y las penas, si bien quienes han desarrollado su pensamiento en este sentido sostienen que se cumplen con todos los fines preventivos generales,<sup>41</sup> que, por cierto, parecen situarse con mayor comodidad entre las consecuencias jurídicas del derecho administrativo sancionador. Claro está, para un sector de la doctrina la solución administrativa sancionadora es insuficiente por carecer de un fuerte reproche social, siendo preferible: “un ordenamiento jurídico sancionador específico referido a las empresas suficientemente preventivo y que no dependa de la culpabilidad, sino que constituya una responsabilidad propia y autónoma que tampoco tenga que denominarse ‘pena’”.<sup>42</sup>

### 3. Compliance y el ordenamiento jurídico uruguayo.

Existe en la actualidad, y en Uruguay concretamente, poca discordancia en cuanto a que el delito de lavado de activos y sus precedentes (sin perjuicio de la discusión acerca de cuáles debieran integrar esta categoría), por ejemplo, narcotráfico, estafa, defraudación tributaria, entre otros,<sup>43</sup> deben ser conductas perseguidas no solo por la normativa administrativa sancionatoria (que permite obligar a sujetos intervinientes en negocios “de riesgo” prevenir que cometan o faciliten dicha actividad delictiva), sino también por el derecho penal. Se argumenta que es necesaria la po-

<sup>36</sup> Cigüela Sola, Javier, “El injusto estructural de la organización. Aproximación al fundamento de la sanción a la persona jurídica”, *InDret*, 1, 2016, p. 7. Este autor aboga por un concepto filosófico de “responsabilidad sin culpabilidad” que deja de lado la idea de reproche, pero no la de sujeto obligado. “En otras palabras, no es posible hablar de una culpabilidad colectiva, ni de una culpabilidad por hechos de otros, pero sí, en cambio, de una responsabilidad de la organización, de algún modo conectada al comportamiento de sus miembros, disociada de la idea de reproche.” *Ibidem*, pp. 7 y s.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>38</sup> Sobre las categorías de imputación subjetiva basadas en el comportamiento imprudente, ver la reciente monografía de Andrea Perin, donde exige un “riesgo calificado” para determinar la presencia del dolo (en cuanto a lo objetivo), pero también la valoración de elementos psíquicos-volitivos que si pueden faltar en la imprudencia. Perin se posiciona contra toda propuesta de normativizar y objetivar las categorías de imputación subjetiva (o culpabilidad), principalmente, porque “Qualunque presunzione sarebbe comunque incompatibile con il dettato dell’art. 43 c.p., che, allo stato attuale, definisce il dolo come ‘previsione e volontà’ dell’evento pericoloso o dannoso”. Perin, Andrea, “Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un método di giudizio”, *Collana della Facoltà di Giurisprudenza* 29, Trento, 2020, pp. 387, nota de pie 3.

<sup>39</sup> Estos criterios co-explican el delito: “es más grave un defecto organizativo que afecta a la vida y la integridad física de las personas que uno que afecta a derechos patrimoniales restituibles; del mismo modo que es más grave un defecto estructural prolongado en el tiempo que uno de carácter puntual”. Cigüela Sola, Javier, “El injusto estructural de la organización”, cit., p. 16.

<sup>40</sup> *Idem*.

<sup>41</sup> Nieto Martín sostiene que los fines de las medidas preventivas de autorregulación exigidos a las personas jurídicas influyen en el comportamiento de las personas físicas que integran la persona jurídica. Nieto Martín, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 266 y ss. Cigüela se refiere a que la sanción a la empresa implica “un refuerzo preventivo que se añade a la responsabilidad individual”, Cigüela Sola, Javier, “El injusto estructural de la organización”, p. 17.

<sup>42</sup> Abanto, Manuel, “La responsabilidad”, cit., p. 211.

<sup>43</sup> Ver listado en Ley uruguayo N° 19.574 publicada el día 10 de enero de 2018.



testad reactiva del derecho penal en la detección del fenómeno y la aplicación de penas severas en función del bien jurídico protegido. Las discrepancias surgen cuando se piensa en aquellas áreas donde transmitir o imponer a dichos sujetos una responsabilidad penal puede resultar excesivo, ya sea porque no lo amerita ninguna necesidad o urgencia relacionada con su actividad de contralor, o porque no lo aconsejan los principios de *ultima ratio* y de subsidiariedad. El recurso al derecho penal debe estar plenamente justificado, su utilización debe ser cuidadosa y de excepción, cuando no son suficientes otros instrumentos jurídicos y cuando no alcanza con el recurso de un “derecho de policía administrativa” u otro menos gravoso en cuanto a las garantías del proceso judicial o el tipo de sanción, entre las principales cuestiones para tener en cuenta al momento del diseño de la política criminal y de la resolución del caso concreto.

Los sistemas de *compliance* existentes en Uruguay se relacionan principalmente con el lavado de activos y la prevención de la financiación del terrorismo,<sup>44</sup> lo cual supone que se encuentren vinculados a un sistema normativo de estructura potencialmente administrativa, en el cual intervienen órganos de contralor especialmente creados por la ley para tales fines y dirigidos a guiar y evaluar el trabajo de los sujetos obligados (también establecidos por ley) y a otros organismos públicos involucrados. Actualmente en el Uruguay contamos con la llamada Ley Integral contra el Lavado de Activos (N° 19.574), la cual trajo una nueva regulación y funciones para dichos organismos; en primer lugar, existe la llamada Comisión Coordinadora (cc) dependiente de Presidencia de la República, con la finalidad de coordinar, promover e implementar una red de información y producción de indicadores entre Poder Judicial, Ministerio Público, Autoridades Policiales, Secretaría Nacional para la lucha contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo (SENACLAFT) y Unidad de Inteligencia y Análisis Financiero (UIAF). Asimismo, posee la importante potestad de poder proponer al Poder Ejecutivo sanciones respecto de terceros países con riesgo significativo de lavado de activos. En segundo lugar, aquellos organismos dirigidos exclusivamente a su-

jetos obligados, como la SENACLAFT, también dependiente de Presidencia de la República con autonomía técnica para los sujetos no financieros, ejecutando políticas nacionales, coordinando programas de capacitación, controlando el cumplimiento de las normas que se le aplican y ejecutando sanciones de tipo pecuniarias; cabe destacar además, que tienen potestades amplísimas de acceso a la información, relevando el secreto o reserva de ser necesario. La UIAF para los sujetos obligados financieros, como dependencia del Banco Central del Uruguay y creada por resolución del directorio de este, puede solicitar toda la información a los sujetos obligados financieros y organismos públicos que encuentre pertinente y, de requerirse, remitirla directamente a la justicia competente. Puede disponer administrativamente la inmovilización de fondos y cooperar a nivel internacional con autoridades administrativas de otros Estados que tengan competencias similares y previa solicitud fundada. Integra el Grupo Egmont de Unidades de Inteligencia Financiera desde el año 2010.

En cuanto a la administración de justicia, existen en el Uruguay Juzgados Letrados Penales Especializados en Crimen Organizado a los cuales la Suprema Corte de Justicia les asignó competencia en los delitos de lavado de activos y terrorismo, entre otros. En la capital existe, asimismo, la Fiscalía Penal de Delitos Económicos y Complejos, mientras que, en los restantes departamentos para cualquier caso vinculado al lavado de activos, intervendrán los fiscales departamentales. Los organismos públicos en general deben colaborar en la lucha contra el lavado de activos y estos a su vez con sus análogos en el resto de los países cooperantes, esa es la pretensión de la ley integral contra el lavado de activos, tal como se establece en la exposición de motivos:

... teniendo en cuenta que, debido a la magnitud de estos delitos y su carácter transnacional, es esencial la cooperación entre las distintas agencias reguladoras, de inteligencia y de aplicación de la ley. Las normas previstas se basan en la recomendación del GAFI N° 40 (Otras formas de cooperación internacional).<sup>45</sup>

En lo que refiere a procesos penales por lavado de activos o sus precedentes, no existe en Uruguay un

<sup>44</sup> Ver Galain Palermo, Pablo, “Terrorismo y financiación del terrorismo”, cit.; Cal, Helena, “El rol del oficial de cumplimiento en las instituciones financieras uruguayas”, [http://fcea.edu.uy/Jornadas\\_Academicas/2016/Ponencias/Administracion/EI%20rol%20del%20oficial%20de%20cumplimiento%20Helena%20Cal.pdf](http://fcea.edu.uy/Jornadas_Academicas/2016/Ponencias/Administracion/EI%20rol%20del%20oficial%20de%20cumplimiento%20Helena%20Cal.pdf)

<sup>45</sup> En línea: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/2283373.PDF>

sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica (“*societas delinquere non potest*”), motivo por el cual la responsabilidad solo puede ser imputada y reprochada en forma individual a los directores, accionistas o al oficial de cumplimiento, de acuerdo con la forma y grado que se determine en su intervención en el ilícito. La Constitución, el Código Penal y las leyes posteriores consagran únicamente la responsabilidad personal, es decir que solo podrán ser responsables las personas físicas mientras que a las personas jurídicas (definición dada por el derecho civil)<sup>46</sup> se les aplica el derecho administrativo sancionador y el derecho civil, que son los únicos que pueden reprochar cualquier tipo de imputación a título de dolo, culpa o incumplimiento de deberes de garantía en relación a bienes jurídicos protegidos normativamente. Por ende, las personas jurídicas no pueden ser castigadas en el sentido simbólico y comunicativo del derecho penal, sino con la lógica y censura de sanciones con una menor carga de reproche en el sentido de la prevención general de tipo normativo o de reafirmación del valor de la norma. La medida de este tipo de sanciones apenas guardará referencia con el daño causado, como una obligación eminentemente restitutiva o compensadora, sin la carga valorativa de la pena. Este reproche ético propio de la pena ni siquiera puede trasladarse a la sanción más grave del sistema administrativo sancionador, como puede ser la clausura de persona jurídica.

#### 4. La función de los programas de compliance en Uruguay

Si bien en las antiguas y actuales normas de lavado de activos en el Uruguay nunca se acudió al *compliance* como sistema o ámbito de aplicación, se puede reconocer en todas ellas la obligación de implementación por parte de los sujetos obligados de las llamadas medidas de *due diligence*. El surgimiento de estas medidas suele atribuirse a organizaciones internacionales de lucha contra el lavado de activos, como es por ejemplo el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), que

lo prevé en sus 40 Recomendaciones a los Estados miembros. Básicamente consiste en que aquellos sectores identificados como de riesgo para la comisión de los delitos de lavado de activos o de financiamiento del terrorismo identifiquen y conozcan a sus clientes y beneficiarios finales, recopilando toda la información personal y económica relevante a los efectos de monitorear luego la relación comercial o las transacciones de sus clientes, dentro de la recomendación (o exigencia) del “know your customer”. Uruguay, como parte del GAFI, recoge dicha recomendación y la plasma como obligación en sus normas antilavado, para que luego sea cada organismo de contralor de los sujetos obligados financieros y no financieros los que produzcan las correspondientes normas reguladoras de su alcance y delimitaciones, como son —por ejemplo— las circulares emitidas por el Banco Central del Uruguay (BCU) para los sujetos obligados financieros.

Pero bien, aun existiendo tales obligaciones, cabe preguntarse si las autoridades competentes en Uruguay comprenden, identifican y vigilan eficazmente dichos delitos, ya que el GAFI (en su función de órgano internacional de contralor) en algunas de las observaciones realizadas en el último informe de evaluación sobre Uruguay indica que este país aún no cumple dichas tareas de un modo eficaz, en cuanto menciona:

... existe una importante oportunidad de mejora respecto a la recolección de datos para sustentar posteriores análisis que permita al país una comprensión más equilibrada de sus riesgos de LA/FT [...] el número de investigaciones, procesamientos y condenas por LA es limitado [...] se advierten ciertas limitaciones en la comprensión del riesgo de FT por parte de las autoridades competentes.

El BCU, adicionalmente, no solo buscará alinear dicha normativa con las recomendaciones del GAFI, sino también con las directrices que también impone el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea. Como se puede apreciar, son varios los organismos de “supervisión” o “contralor”, así como pueden llegar a ser disímiles las exigencias de unos y otros, obligando al BCU a una complicada tarea de ponderación política, administrativa-sancionadora y financiera para encontrar un delicado balance entre la operativa nacional y las exigencias internacionales.

Asimismo, siguiendo con la importancia de estos organismos internacionales en la lucha contra el deli-

<sup>46</sup> Art. 21 CCU: “Son personas todos los individuos de la especie humana. Se consideran personas jurídicas y por consiguiente capaces de derechos y obligaciones civiles, el Estado, el Fisco, el Municipio, la Iglesia y las corporaciones, establecimientos y asociaciones reconocidas por la autoridad”. Por lo que es un ente ideal, creado por el derecho con capacidad de contraer derechos y obligaciones.

to de lavado de activos y delitos vinculados, el Grupo Wolfsberg fue uno de los primeros en complementar el *compliance* antilavado o medidas de *due diligence* con el llamado “Enfoque Basado en Riesgos” (RBA, por sus siglas en inglés), el cual supone el proceso a través del cual los sujetos obligados identifican, evalúan y gestionan los riesgos a los que se encuentran expuestos en materia de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, buscando mitigarlos mediante la aplicación de medidas proporcionales a ellos. En esta línea, en el año 2007 el GAFI —con el objetivo de desarrollar y respaldar dicha herramienta— elaboró la *Guidance on the Risk-Based Approach to Combating Money Laundering and Terrorist Financing*, a la que le siguieron, a su vez, otras por sectores determinados; también, en el año 2012, al revisar las Recomendaciones, se estableció como un elemento fundamental la incorporación de este enfoque en la aplicación por los Estados miembros del resto de ellas. A estos estándares siguieron otros de organismos análogos, en un proceso de constante elaboración reguladora que parece no tener fin y requiere de permanente actualización por parte de los sujetos obligados.

Este enfoque se encuentra en dichos estándares bajo diferentes niveles jerárquicos de aplicación, y esto implica que se recomiende que sean en primer lugar los países los que deban determinar su riesgo, para que luego sus autoridades competentes los apliquen en función de su ámbito de contralor y concluya en los sujetos obligados por sectores de riesgo con mecanismos específicos de acuerdo con sus actividades, negocios, productos, canales de distribución, etc. La facultad del sujeto obligado de distinguir por riesgos hace que su trabajo se vuelva más oportuno y cierto, ya que de lo contrario sería muy difícil la detección de alertas o actitudes que puedan ser consideradas inusuales. También los sujetos obligados deberán completar las medidas de *due diligence* con el conocimiento de sus empleados, proveedores, etc., que no implicarán necesariamente una asignación de riesgo, pero si un análisis y monitoreo de sus perfiles y actividades, a efectos de dejar constancia de cualquier anomalía o cambio que pueda afectar el común desarrollo del negocio, exponiéndolo a un riesgo de lavado de activos o financiamiento del terrorismo. Como puede apreciarse, el ámbito de los programas de *compliance* parece ser el mejor ejemplo de manifestación de la lógica de la sociedad del riesgo que

se viene paulatinamente trasladando también al sistema penal de la modernidad, donde la imputación de la responsabilidad como una cuestión meramente normativa y de reafirmación de los valores o procedimientos contenidos en las normas tiene una vinculación directa con la previa clasificación de las esferas de competencia y de la obligación de control del riesgo asociada a aquellas.

El ámbito financiero es el primero en el tiempo, y quizá el eslabón más importante, en las políticas de lucha en las que se hace participar a sujetos privados colaborando con los Estados contra el lavado de activos y financiamiento del terrorismo a nivel global, a los que se agregó más recientemente la proliferación de armas de destrucción masiva y su financiamiento, en la recomendación número 7 de las 40 Recomendaciones revisadas y publicadas en febrero del año 2012 por el GAFI. Esta es la razón por la cual el rol del *compliance officer* u oficial de cumplimiento se vuelve indispensable, tanto para la interpretación y aplicación de todas esas normas al negocio específico, como por su carácter de nexo entre la entidad en la que desempeña sus tareas y el ente regulador, asumiendo, además, la tan importante como discutida responsabilidad de implementar y velar por un sistema de PLAFI efectivo. El *compliance officer* en la práctica asume una especie de posición de garante de doble significado, por una parte, en relación con las tareas específicas por las que puede tener responsabilidad individual y, por otra parte, en relación con la política criminal del sistema con el que “colabora”. Este sujeto deberá comenzar por conocer en profundidad las características de la organización de la cual forma parte y de sus integrantes, más que nada de su dirección, cuáles son los valores éticos que se promueven y qué tan adversos al riesgo son, para de esta forma cumplir con el desafío de diseñar un programa

Pero el *compliance officer* no sería el único que puede llegar a tener una posición de garante, pues los directivos también ejercerían una posición de similares características, lo que puede ocasionar la concurrencia de responsabilidades según los deberes infringidos por cada uno (esfera propia de responsabilidad), como si en lugar de un sistema de autoría y participación nos encontráramos ante un sistema unitario. Las posibilidades de negligencia o de incumplimiento de las normas por quienes llevan a cabo las tareas de *compliance* constituyen, así, un peligro que

debe ser previsto también por quienes deben dirigirlos, autorizarlos y controlarlos, como es, por ejemplo, el órgano directivo de una empresa. Sin perjuicio de las delimitaciones en cuanto a delegaciones, asignación de tareas y el cómo debe responder cada uno según sus áreas de competencia, son todas cuestiones que tendrían que probarse en un proceso judicial.

En cuanto al elenco de sanciones que permiten imputar a las personas jurídicas, el derecho administrativo sancionador uruguayo penaliza a las empresas mediante multas, inhabilitaciones, suspensiones y otras de similar naturaleza. La Ley N° 19.574 vigente en materia de lavado de activos regula el apercibimiento, la suspensión del sujeto obligado temporaria o en forma definitiva, la observación y la multa en caso del incumplimiento de las obligaciones previstas por parte de los sujetos obligados no financieros (artículo 13). En cuanto a los sujetos obligados financieros, el artículo 12 de la misma ley prevé que se apliquen las sanciones dispuestas en el artículo 20 del Decreto Ley N° 15.322.

La exigencia de *due diligence* que refiere a los programas en sí mismos demuestran que no se trata de simples medidas plasmadas en un papel a efectos de ser una mera formalidad, sino de que tales medidas o reglas de procedimiento deben ser aquellas potencialmente idóneas para evitar la puesta en peligro de bienes jurídicos vinculados al área de actuación de la empresa. Es decir, no cualquier compendio de reglas tiene valor como programa de *compliance*, sino solo aquellas que *ex ante* pueden llegar a ser ejecutadas con éxito para evitar la concreción de determinados riesgos. La responsabilidad individual de las personas físicas obligadas en función del programa de *compliance* debiera ser medida entonces según una actitud proactiva en el ejercicio de la actividad de prevención, que toma en cuenta un compromiso con la función de implementar, aplicar, controlar y realizar el seguimiento de quien debe tener medidas de *compliance* impuestas por la ley. En Uruguay estamos en un escenario de “autorregulación regulada”, esto es, el sistema se compone de exigencias regulatorias establecidas por el Estado para sujetos del ámbito privado que operan en un determinado sector de actividad:

la de control) de forma subordinada a fines o intereses públicos en concretos, que han sido determinados por el Estado.

## 5. A modo de conclusión

Los programas de *compliance* pueden cumplir con una función preventiva en el ordenamiento jurídico penal y en otras ramas del derecho, como acontece en el caso de Uruguay. Básicamente, un programa de ese tipo refiere a dos subelementos que sirven al objetivo primordial del cumplimiento del derecho: la prevención de infracciones, por un lado, y el descubrimiento de estas, por el otro.<sup>47</sup> Esto sugiere que el *compliance* es funcional a las empresas que los adoptan y al Estado. El cumplimiento de estos programas tiene incidencia al momento de determinar la responsabilidad de los infractores, que puede verse atenuada o, incluso, en algún caso eximida por haber actuado con la diligencia debida que hace caer cualquier tipo de reproche. En nuestra opinión, su mera existencia no puede, sin embargo, exonerar o fundamentar la responsabilidad de la empresa, pues tienen que ser aplicados según reglas de *due diligence* que requieren una valoración externa o ajena a la propia empresa. Con independencia de su función penal, los programas contribuyen a crear y reforzar una cultura de legalidad y a un *management* corporativo responsable.

Posiblemente, la discusión que haya que dar es si el motor de este derecho punitivo-preventivo tiene que “encajar” en la carrocería del derecho penal tradicional o si se necesita de la construcción de un “derecho de intervención”<sup>48</sup> o similar ordenamiento donde los programas de *compliance* sienten las bases normativas mínimas para la construcción de la responsabilidad no solo de los encargados de su aplicación (*compliance officer*), sino también de las empresas a las que deben guiar con sus buenas prácticas. Esto conduce a un camino mixto de responsabilidades individuales y colectivas, que también se trasladarían al sistema jurídico penal (teoría de la imputación y teoría de la pena) en el caso de que este sea el ordenamiento jurídico escogido para dichos programas de cumplimiento.

La autorregulación regulada o corregulación se refiere a los supuestos en que el ente privado es incorporado al proceso regulatorio público (bien en faz normativa, o en

<sup>47</sup> Engelhart, Marc, *Sanktionierung*, cit., p. 711.

<sup>48</sup> Lüderssen, Klaus, “Interventionsrecht gegen Unternehmen? – Skizze eines neuen Haftungstypus”, en Kempf *et al.* (Eds.), *Unternehmensstrafrecht*, De Gruyter, Berlin, 2012, pp. 387-394.

Un sistema de corregulación como el de los programas de *compliance* solo puede ser eficaz si el Estado cumple con los permanentes controles externos a los que lo obliga la heterorregulación. Al mismo tiempo, ese nuevo sistema en construcción que desemboque en un orden normativo que se base fundamentalmente en la autorregulación (autocumplimiento) deberá determinar claramente su competencia y relación con los principios fundamentales y con las herramientas procesales utilizadas para la lucha contra la criminalidad organizada, que permiten negociar información por atenuación o exención de pena. Posiblemente tengamos que pensar en una nueva dogmática de la

imputación concentrada en exigencias previamente y taxativamente determinadas (principio de legalidad) que estipulen las esferas de competencia, los roles o las posiciones de garante de cada uno de los individuos (personas físicas) y empresas (personas jurídicas), en una especie de sistema general para autores (especiales) construido a través de programas de *compliance* que incluyan para los casos más graves (por ejemplo, según el criterio de los bienes jurídicos más importantes y los autores más peligrosos o poderosos) el alcance de las normas penales y de sus consecuencias jurídicas.

## La peligrosa desmaterialización del concepto de organización criminal. Una verdadera fuente de peligros para los derechos fundamentales\*

Alfonso Galán Muñoz

Profesor Titular de Derecho penal  
(agalmun@upo.es)  
ORCID: 0000-0001-5625-6492

**RESUMEN:** En este trabajo se pone de manifiesto cómo la paulatina difuminación de los caracteres que tradicionalmente delimitaron el concepto legal de criminalidad organizada ha puesto en tensión derechos tan fundamentales como los de la libertad de expresión, la ideológica, la religiosa, el derecho de asociación que todo verdadero Estado de derecho debe respetar y garantizar. Ello obliga a realizar interpretaciones restrictivas de los cada vez más numerosos, amplios y controvertidos instrumentos penales creados para combatir dicho fenómeno criminal que permitan que su aplicación siempre resulte acorde con tales derechos, tarea en la que los abogados y los jueces, sin duda, jugarán un papel fundamental.

**PALABRAS CLAVE:** organización criminal, grupo criminal, terrorismo, discurso del odio.

**ABSTRACT:** This paper brings out how the blurring of the requirements that traditionally delimited the legal concept of organized crime has put in tension fundamental rights, such as freedom of speech, ideological and religious freedoms, or the right of association, that all true rule of law must respect and guarantee. This situation makes necessary to do restrictive interpretations of the numerous, extensive and controversial criminal instruments created to fight this criminal phenomenon in order to allow that the application of these instruments will be always consistent with the above-mentioned fundamental rights, a task in which lawyers and judges, without a doubt, will have to play an essential role.

**KEY WORDS:** criminal organization, criminal group, terrorism, hate speech.

**SUMARIO:** 1. Origen y objetivos de la utilización del concepto de organización criminal. 2. La rápida difuminación de los elementos delimitadores de la organización criminal. Crónica de una evolución tan predecible, como cuestionable. 3. La difícil convivencia de los instrumentos penales contra la criminalidad organizada y el respeto a los derechos fundamentales: algunas propuestas para evitar caer por una temible "pendiente resbaladiza". 4. Bibliografía.

Rec: Rec: 01-11-2021 | Fav: 08-11-2021

\* Trabajo resultado del proyecto "Análisis interdisciplinar de la represión penal del discurso terrorista" (airpendit), con referencia PGC2018-094602-B-100, financiado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (feder), el Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación.

## 1. Origen y objetivos de la utilización del concepto de organización criminal

Es frecuente el citar a la conocida como Ley RICO (la *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* o ley de organizaciones corruptas y de extorsión mafiosa), aprobada el 15 de octubre de 1970 como parte de la *Organised Crime Control Act* que trataba de combatir a las entidades de crimen organizado que operaban en Estados Unidos como si de un negocio se tratase (Bowling, 2015: 3), como la primera norma claramente introductora de la noción de criminalidad organizada a nivel internacional (Zúñiga Rodríguez, 2016: 70, nota 19).

Dicha ley consideraba que habría una organización de dicha naturaleza cuando dos o más personas cometían o se ponían de acuerdo para cometer dos o más delitos, de entre una lista de posibles figuras establecidas en la ley (p. ej. homicidios, secuestros, tráfico de drogas, cohechos, blanqueo de bienes, etcétera) y no, por tanto, cualquiera de las contempladas en el Código Penal, y lo hacían además en apoyo de una empresa criminal existente, entendiéndose por tal un grupo de individuos o una banda con una organización que funcionaba como una entidad individual propia, con un objetivo común y existencia separada de la actividad criminal de los miembros. Lo fundamental de dicha construcción es que permitía valorar dichos delitos individuales como partes de un proyecto criminal mucho más amplio, algo que dio un mayor papel a la conspiración en esta materia al hacer factible que se pudiese entender que todos los miembros de la organización, aun cuando no hubiesen tomado parte de los delitos cometidos o preparados en apoyo de la empresa criminal o no se pudiese demostrar que lo hicieron, deberían ser considerados, en realidad, como parte del esquema criminal más general en que se incardinaba su realización (Bowling, K. 2015: 3 y 4).

Así pues, el paso fundamental de esta norma fue el de permitir que se pudiese sancionar a los integrantes de dichas organizaciones sin necesidad de tener que constatar su relación directa con alguno de los crímenes cometidos o preparados desde las mismas, algo que resultó especialmente útil a la hora de poder no solo perseguir y sancionar, sino incluso investigar a quienes más alejados estaban de su ejecución y más difícil era demostrar que hubiesen tenido algo que ver con ella, pese a que fuesen, en muchas ocasiones,

quienes dieron las ordenes de cometerlos, los jefes o dirigentes de las organizaciones en cuestión.

Ahora bien, como se deduce de la propia denominación de la referida ley, que habla de corrupción y extorsión, nos encontramos ante una normativa que había sido creada para luchar contra una muy concreta forma de criminalidad organizada, la mafia. Estas organizaciones estaban primordialmente dirigidas a obtener beneficios económicos y llegaron a gozar de un poder corruptor y extorsionador en los Estados Unidos durante los años 70, que llevó a que se las considerase tan poderosas e influyentes como para estar en posición de llegar a corromper y controlar las estructuras más básicas del Estado (jueces, senadores, etcétera), ejerciendo, de ese modo, un poder que se podía incluso contraponer al estatal, pero que, a diferencia de este, se encontraba al margen del control del pueblo americano y del de sus gobernantes (Zúñiga Rodríguez, 2016: 69).

Precisamente, esta conexión entre la finalidad de obtención de beneficios económicos, el uso de la violencia y la capacidad corruptora derivada de ambos, que caracterizó a la original definición de tipo de organizaciones, encontró reflejo en muchas de las normas internacionales que contribuyeron a extender el uso de dicho concepto normativo y, con él, el de los instrumentos penales que lo acompañaban a lo largo y ancho del planeta.

Así, por ejemplo, resulta llamativo que la Convención de Naciones Unidas contra la criminalidad organizada transnacional de 2000, más conocida como Convención de Palermo, definía los “grupos delictivos organizados” como:

... un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención **con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.** (La negrita es nuestra)

Expresión esta última de enorme importancia, ya que, como bien señala Faraldo Cabana, determinaba que las prescripciones de la comentada convención no resultasen aplicables a

... las organizaciones terroristas o a las paramilitares, y en general a todas aquellas que carecen de ánimo de lucro, salvo cuando cometan delitos comunes con el fin de procurarse medios para continuar su actividad delictiva (secuestros, extorsiones, robos), pues la definición se centra en la delincuencia organizada de tipo mafioso.<sup>1</sup>

Mientras tanto, otras normas procedentes de organismos supranacionales, como la Acción común 98/733/JAI, de la Unión europea definió a la organización delictiva como:

... una asociación estructurada de dos o más personas, establecida durante un cierto periodo de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de al menos cuatro años como mínimo o con una pena más severa, con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio para **obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública.** (la negrita es nuestra);

Algo que recuerda nuevamente a los argumentos que inicialmente respaldaron el nacimiento de la anteriormente comentada Ley RICO, aunque bien es cierto que lo hace aludiendo también, de forma alternativa, a la posibilidad de que dichas organizaciones pudiesen actuar con la mera finalidad de incidir en el funcionamiento del Estado, sin buscar enriquecimiento alguno, ampliándose así el ámbito de aplicación de dicho concepto, al permitir que se incluyan en su seno a las organizaciones terroristas y paramilitares a las que aludimos anteriormente.

En cualquier caso, las organizaciones criminales eran vistas, en ese momento, no solo como una fuente de posibles delitos contra las personas o sus bienes, sino como mecanismos de generación de dinero y/o de utilización de la violencia, capacitados para poder llegar a corromper y doblegar el funcionamiento del Estado, algo que, de hecho, quedó también reflejado en las definiciones de esta forma de criminalidad que

se crearon en algunos ordenamientos penales nacionales, como el austriaco o el italiano (Faraldo Cabana, 2012: 43).

Podría pensarse entonces que era, precisamente, la enorme peligrosidad propia de dichas organizaciones la que justificaría y legitimaría tanto que se creasen delitos que castigaban, incluso con severas penas, a los simples integrantes de las organizaciones criminales, por el mero hecho de serlo e independientemente de que no hubiesen realizado o no se pudiese demostrar que realizaron ningún acto ni siquiera preparatorio de ninguno de los delitos que pretenden cometer tales agrupaciones, como que apareciesen numerosas y controvertidas nuevas medidas de investigación penal creadas y permitidas, con carácter excepcional, para investigar específicamente las actividades realizadas en el seno de tan peligrosas organizaciones.<sup>2</sup>

En este sentido, no es solo que tales organizaciones favoreciesen y diesen lugar a la posibilidad de la comisión de múltiples y graves delitos. Es que, además, eran tan poderosas que, si no se combatían con toda severidad, podrían llegar a controlar y manipular las instituciones más básicas del aparato estatal. Este planteamiento nos lleva irremediablemente a recordar la construcción realizada por algún conocido autor alemán, que precisamente trató de legitimar la aparición de un derecho penal de excepción, diferente del general, para tratar a aquellas personas que, al no generar la suficiente seguridad cognitiva con respecto a su posible cumplimiento de las normas, ponían en cuestión la propia existencia del Estado, y por ello, deberían de pasar a ser tratados como meras fuentes de peligros o “enemigos” a los que se deberá inocular por su enorme peligrosidad, legitimándose incluso que se les pudiese privar de sus derechos fundamentales, ya que al fin y al cabo habrían dejado de ser “ciudadanos”, para pasar a ser “no personas” (Jakobs, 2006: 66 y 75).

Evidentemente, un planteamiento tan radical como este resulta absolutamente incompatible con el mínimo respeto a los derechos fundamentales que todo

<sup>1</sup> Vid. Faraldo Cabana, quien, además, destaca y exige la búsqueda de lucro para apreciar esta clase de criminalidad, por ejemplo, la Recomendación Rec (2001) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre principios directrices en la lucha contra el crimen organizado o la Decisión marco 2008/841/JAI, en 2012, p. 42, 47 y 54.

<sup>2</sup> Así, controvertidas son las afirmaciones realizadas por aquellos que consideran que muchos de los delitos creados en relación a la criminalidad organizada, en realidad, no buscan ni suelen terminar en condenas de aquellos a los que inicialmente se atribuyen, sino que lo que sirven es de preceptos o párrafos instrumentales que permiten, bajo la apariencia de medidas de investigación penal de dichos delitos, intervenciones policiales preventivas de los delitos-fin que finalmente podrían cometerse desde la organización. Véase, respecto a esta cuestión, Silva Sánchez, 2008b, p. 91.



**La peligrosa desmaterialización del concepto de organización criminal**

Estado de derecho, respetuoso con la dignidad del ser humano, debe mantener para poder ser considerado como tal; lo mejor que se puede hacer con el mismo, a nuestro modo de ver, es desecharlo sin más, siendo conveniente incluso relegarlo al más completo de los olvidos lo antes posible, ya que consideramos que incluso su mera refutación, por fácil que pueda resultar para cualquier defensor del Estado de derecho, abre las puertas a que algunos puedan considerar que entabla un debate que demuestra, precisamente, que todavía existe una posibilidad, un atisbo, por pequeño que pudiera parecer, de que todos o alguno de sus planteamientos se puedan mantener y sostener en el ordenamiento jurídico de algún verdadero Estado de derecho.

Habrà, por tanto, que analizar los problemas de legitimidad y de compatibilidad con los derechos fundamentales que plantea la persecución y sanción penal de las organizaciones criminales sacando su estudio de los parámetros sostenidos por los pocos que aún tratan de defender y legitimar al denominado derecho penal del enemigo. Una tarea que, como veremos, en modo alguno va a ser sencilla de llevar a buen puerto, sobretodo teniendo en cuenta la evolución que el concepto de organización criminal ha sufrido en los últimos tiempos.

**2. La rápida difuminación de los elementos delimitadores de la organización criminal. Crónica de una evolución tan predecible, como cuestionable**

Como fácilmente se puede deducir de las breves páginas anteriores, ni siquiera en sus primeras definiciones normativas, nos encontrábamos ante una delimitación uniforme y única de lo que debía ser considerado como una organización criminal. Así, mientras la Ley RICO establecía como principal referente del mencionado concepto a la persecución por parte de un colectivo organizado de una “empresa criminal” y limitaba la apreciación de dicha clase de organizaciones y, por tanto, también de las severas consecuencias que la misma determinaría, a los casos en que dicha empresa consistiese en la comisión de delitos, en plural, caracterizados por tener una determinada naturaleza y gravedad que se consideraba indicaban que la organización podría llegar a poner en peligro el monopolio del poder estatal, bien mediante la corrupción o por la extorsión (tráfico de drogas, cohechos, asesinatos,

secuestros, etc...), la normativa internacional, que posteriormente extendió el uso de dicho concepto por todo el mundo, lo hizo definiéndolas de una forma diferente, aunque tampoco uniforme.

Sin ánimo alguno de exhaustividad podemos señalar como, por ejemplo, mientras la Convención de Palermo, anteriormente citada, permitía ya considerar como organización de dicha naturaleza a cualquiera que tuviese por finalidad cometer “uno o más delitos graves”, abriendo así las puertas a que se pueda tener como tales a los agrupaciones incluso aunque solo tendiesen a cometer un único delito castigado con una pena de cuatro años o más y con total independencia de su concreta naturaleza; la posterior Decisión Marco 2008/841/JAI exigió que la organización en cuestión tuviese por objetivo cometer delitos graves, en plural, para hacerlo, lo que, si bien volvió a delimitar los delitos-fin de las organizaciones conforme a un criterio penológico y no de naturaleza del delito, como hacía la Ley RICO, dejó también claro, frente a la convención de la ONU, que no consideraría como tales a aquellas agrupaciones que tendiesen a cometer un único delito sancionado con dichas penas.

Tampoco la delimitación de los caracteres y complejidad que habrían de tener una de estas organizaciones para ser consideradas como tales resultó uniformemente definida. Así, mientras la Convención de Palermo exigía expresamente que estuviesen configuradas por tres o más personas y fuesen estructuradas —algo esto último que, sin embargo y como reconoce su art. 1 c) no suponía que tuviese que tener una distribución de funciones entre sus miembros ni una estructura desarrollada o compleja—, la norma europea anteriormente citada fue un paso más allá y permitió entender que las organizaciones criminales podían estar conformadas incluso por solo dos personas, entendiendo que estarán estructuradas, siempre y cuando no se hubiesen “formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito”.

No existe, por tanto, uniformidad a la hora de definir ni los parámetros objetivos ni los subjetivos que definirían a las organizaciones criminales como instrumentos o fuentes de peligros tan graves que legitimarían que, para controlarlas, se procediese a anticipar la intervención penal hasta castigar, como delitos consumados, actos individuales tales como la mera pertenencia o la simple colaboración puntual con dichas organizaciones; actuaciones que están tan alejadas no solo de la ejecución, sino incluso del co-

mienzo de la preparación, propiamente dicha, de los concretos delitos que las organizaciones tenderían a cometer, que habrían de ser consideradas, todo lo más, como actos protopreparatorios de la participación en ellos (Cancio Meliá, 2008: 15).

De hecho, si nos fijamos en la evolución normativa comentada, nos daremos cuenta de que se han desdibujado hasta tal punto los iniciales parámetros delimitadores de dicha clase de organizaciones, que se ha hecho posible que se pueda tener como tales a agrupaciones que ni estarían compuestas por numerosos sujetos (podrían ser incluso solo de dos), ni tendrían una organización compleja, ni una distribución de funciones entre sus miembros (bastaría con que no se hubiesen agrupando fortuitamente para cometer un delito) y que, además, podrían tender a cometer tan solo un único delito, que ni tendría que ser violento ni estar dirigido a generar beneficios que pudiesen favorecer la corrupción generalizada del aparato institucional, con lo que resultará difícil afirmar que pudiesen llegar a poner en jaque el poder estatal.

Visto lo visto, habrá que concordar con Silva Sánchez, cuando afirmaba que durante los últimos tiempos se ha producido una expansión de los “delitos de organización”, como los de integración o cooperación criminal, como consecuencia de dos cambios fundamentales:

Por un lado, cada vez se exige menos estructura organizativa para apreciar la existencia de una “organización delictiva”; por otro, cada vez es menor la gravedad de los ilícitos que han de constituir el objetivo de una organización para que ésta sea calificada como “criminal”. (Silva Sánchez, 2008<sup>a</sup>: 2)

Proceso que ha tenido un enorme impacto e incluso se ha intensificado en la legislación penal española.

En España, la criminalidad organizada podía ser perseguida y castigada penalmente desde hace mucho tiempo por los delitos relativos a las asociaciones ilícitas, agrupaciones estas que, tras sus sucesivas modificaciones, aparecen definidas, al día de hoy, en el art. 515 CP donde se establece que:

Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:

1.º Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión.

2.º Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución.

3.º Las organizaciones de carácter paramilitar.

4.º Las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad.

Lo primero que llama la atención sobre este precepto es el hecho de que no define aquello que viene a prohibir. Es decir, no define qué debe entenderse por “asociación”, limitándose el Código simplemente a establecer que cuando las asociaciones, esto es, cualquier clase de agrupación de personas, dotadas de personalidad jurídica propia o no (desde una compañía hasta una banda en sentido estricto), persigan los fines que describe, pasarán a ser consideradas como “ilícitas” y por ello, se podrá castigar penalmente tanto a sus fundadores, presidentes o miembros activos (art. 516 CP), como a los que cooperen económicamente o de cualquier otra forma a su fundación, organización o actividad (art. 517 CP).

Resulta evidente que el hecho de que estos preceptos permitan sancionar a los comentados sujetos y el siguiente, el art. 520 CP, incluso haga factible disolver directamente las entidades que sean consideradas como asociaciones ilícitas por el mero hecho de que “...tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión” convertirá al castigo penal de las asociaciones ilícitas en un instrumento penal lo suficientemente amplio como para poder luchar de forma adecuada contra la criminalidad organizada, ya que, permitiría castigar a sus miembros y colaboradores y disolver las agrupaciones en que se manifiesten, sin necesidad de que se hubiese cometido ningún delito desde su seno, ni tampoco de tener que demostrar la conexión de los referidos sujetos individuales con la concreta realización o preparación de alguno de los que la agrupación pretendiese cometer.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> De otra opinión, Faraldo Cabana, que exige, para poder apreciar la mera integración activa en dichas asociaciones, que el sujeto en cuestión haya realizado algún acto realmente preparatorio de uno de los delitos que la asociación tiende a cometer, sin necesidad, sin embargo de que dicha conducta sea considerada por sí mis-

## La peligrosa desmaterialización del concepto de organización criminal

Pese a ello, el legislador español, supuestamente por entender que los comentados delitos, tal y como habían sido interpretados por algunos autores (p. ej. Zúñiga Rodríguez, 2002: 62), no conseguía responder a todas las exigencias sancionadoras de la Decisión Marco 2008/841/JAI, decidió introducir en el código penal de dicho país, mediante la reforma efectuada por la LO 5/2010,<sup>4</sup> dos nuevos grupos de figuras asociativas en torno a dos nuevos conceptos que tenderían a luchar contra dicha forma de criminalidad.

Por una parte, castigó en el art. 570 bis CP la promoción, constitución, organización, coordinación, dirección, participación activa, integración o la mera cooperación externa en una organización criminal; definiendo como tales a "...la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos". Mientras tanto, y por otro lado, el art. 570 ter CP sancionó a los que constituyeren, financiaren o integraren un grupo criminal, entendiéndose por tal a "...la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos".

ma como uno de los actos preparatorios punibles que contemplan, de forma general, los artículos 17 y 18 de nuestro Código penal, 2012, p. 257; postura que contrasta claramente con la mantenida por Silva Sánchez. Este último autor considera que las aportaciones realizadas en el seno de dichas organizaciones pueden realizarse de forma genérica y efectuarse en momentos completamente desconectados del comienzo de la verdadera fase preparatoria de ningún delito concreto de la organización, lo que, por una parte, permitirá que dichas actuaciones se puedan tener como relevantes, a los efectos de los delitos que estamos analizando, incluso cuando no puedan considerarse, ni siquiera en sentido amplio, como actos preparatorios propios de un delito, pero, además y por otra, no impedirán que se pueda incluso llegar a considerar a aquellos que las realizaron como partícipes de aquel concreto delito en que su genérica aportación se hubiese llegado finalmente a materializar, ya que, a juicio del referido autor, precisamente por haberse realizado dicha genérica contribución delictiva a través de una organización, se hace perfectamente factible que si la misma termina materializándose en el efectivo favorecimiento de la ejecución de un delito de la organización, se pueda y deba tener a quienes la efectuaron como verdaderos partícipes de dicho delito sin tener que cumplir con los presupuestos causales y psicológicos que tradicionalmente exigía la teoría de la intervención del delito para poder hacerlo. Silva Sánchez, 2008b, p. 108 y ss y 112.

<sup>4</sup> Así lo recoge el propio preámbulo de la referida Ley Orgánica de reforma del Código penal, lo que ha sido criticado, entre otros, por Cancio Meliá, 2011, p. 654 y ss.

Mucho se ha discutido y discute, aún al día de hoy, la doctrina sobre todos estos conceptos, los cuales, en ciertos casos, resultan perfectamente asimilables a otros previamente existentes, como sucede, por ejemplo y a juicio de algunos, con el de organización criminal y el de asociación ilícita, dando lugar a inevitables concursos de leyes como consecuencia de la innecesaria redundancia normativa en que incurren ambas formas de criminalidad asociativa (Farraldó Cabana, 2012: 104), pero que, además y lo que es incluso peor, también hacen difícil que se puedan distinguir las actuaciones que castigan los delitos referidos a cada uno de ellos entre sí y también a las cometidas específicamente en relación a los "grupos criminales" de aquellas otras que se podrían castigar como meras formas de participación intentada (conspiración, proposición o provocación) en uno o varios delitos concretos.

Por tanto, habrá que entender que la paulatina, pero imparable difuminación de los parámetros tanto organizativos como delictivos que definen a los diferentes instrumentos inicialmente creados para luchar contra la criminalidad organizada han dado lugar a múltiples problemas aplicativos y han abierto las puertas a que se realicen las más variopintas propuestas interpretativas, para tratar de delimitar sus contornos entre sí y con respecto a las formas más tradicionales de la co-delincuencia intentada. Pero es que, además y lo que es más importante, dicha difuminación también ha llevado a que la cuestionable anticipación de la intervención penal que se creó y legitimó, supuestamente para luchar contra las grandes, complejas y presuntamente peligrosísimas estructuras jerarquizadas que podían poner en cuestión al entramado socioeconómico e institucional de nuestras sociedades (la mafia, carteles de la droga, etc...) haya extendido su ámbito de aplicación para hacerlo también con agrupaciones mucho más simples, reducidas (bandas de atracadores, bandas callejeras, etc...) y con una peligrosidad mucho más limitada al estar referida a la mera comisión de delitos mucho más tradicionales y menos graves (hurtos, daños, etc...) (Díez Ripollés, 2005:14).

Si a todo lo anterior, se le añade que el texto penal español define expresamente las organizaciones y los grupos terroristas de los que habla en sus artículos 571 y siguientes, afirmando que se habrá de tenerse por tales (con todo lo que ello supone tanto desde el punto de vista de la ampliación de la incriminación,

como desde el de la restricción de los derechos fundamentales y de las garantías procesales), a los que, siendo considerados como organizaciones o grupos criminales, conforme a los ya citados artículos 570 bis y 570 ter CP (esto es, conforme a las dos difusas definiciones que acabamos de ver), persigan alguna de las finalidades terroristas de las que habla el art. 571 CP (subvertir el orden constitucional, alterar la paz pública, etc...) no quedará más remedio que afirmar que la paulatina difuminación de los elementos inicialmente delimitadores de la criminalidad organizada (estructura compleja y jerarquizada, amplitud de recursos personales, orientación a cometer determinados delitos que eran considerados como especialmente graves y peligrosos para el sistema, etc...), en los instrumentos penales actualmente vigentes para combatirla, no ha hecho sino abundar en la necesidad de que nos volvamos a cuestionar si tales instrumentos resultan realmente compatibles con los derechos fundamentales que todo verdadero Estado de derecho ha de respetar.

### **3. La difícil convivencia de los instrumentos penales contra la criminalidad organizada y el respeto a los derechos fundamentales: algunas propuestas para evitar caer por una temible “pendiente resbaladiza”**

El reto que la aparentemente imparable expansión de los instrumentos penales creados para luchar contra una supuestamente peligrosísima criminalidad organizada plantea a la debida salvaguardia de los derechos fundamentales de los ciudadanos es indudable. Su solución, o incluso su mero análisis parcial, superaría con mucho las modestas posibilidades de un trabajo como este. Sin embargo, ello no nos impide plantear algunas cuestiones que deberían ser tenidas muy presentes por parte de quienes, como los integrantes del Ministerio Público, tienen en su mano utilizar estos instrumentos penales tan represivos mediante la activación de la acción penal, pero deben hacerlo, como vimos, respetando siempre los derechos más básicos de los ciudadanos.

Lo primero que hay que poner de manifiesto a este respecto es que la prohibición y represión penal de las diferentes formas de criminalidad organizada mediante el uso de figuras delictivas que castigan a quienes simplemente integran, apoyan o incluso meramente

promueven o constituyen agrupaciones, de más o menos complejidad, pero formadas por varias personas para cometer delitos, entra en evidente tensión con el derecho fundamental de asociación contemplado en todas las constituciones democráticas del mundo y, por ello, también en la española. En concreto, dicho derecho fundamental aparece recogido en el artículo 22 CE, precepto que, una vez reconocido dicho derecho con carácter general, establece que las asociaciones “sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada”, siendo ilegales las que “persigan fines o utilicen medios tipificados como delito” y estando además prohibidas las “secretas y las de carácter paramilitar”.

Las consecuencias penales de dicha prescripción constitucional son inmediatas. En principio, solo se podrán prohibir y castigar penalmente a las agrupaciones de personas que tengan por fin o utilicen como instrumento para sus fines la comisión de delitos o que, cuanto menos, sean sociedades secretas o paramilitares, algo que imposibilita, por ejemplo, que, en España, se pueda utilizar el derecho penal para prohibir y sancionar asociaciones, como algunas sectas u organizaciones xenófobas, que tiendan a realizar actividades nocivas o incluso ilícitas (p. ej. incidir en la personalidad de sus adeptos o fomentar respaldar ideas discriminatorias con respecto a algunos colectivos), pero que no lo hacen cometiendo delitos contra la libertad, la integridad moral o de incitación al odio contemplados en el art. 510 CP o cualquiera otros (Cfr. Faraldo Cabana, 2012: 168 y ss.).

Ahora bien, como contrapartida, el referido precepto constitucional también deja a las claras que el derecho fundamental de asociación no es un derecho ilimitado, sino que se puede restringir en algunos casos. El problema entonces estará en determinar si la restricción de dicho derecho que se ha realizado, presuntamente para combatir la criminalidad organizada en los últimos tiempos, es admisible conforme a los parámetros establecidos en la constitución y resulta, además, proporcionada con respecto a los derechos fundamentales a los que afecta.

Lo primero que hay que señalar a la hora de analizar esta cuestión es que, pese a lo que sostuvo algún sector jurisprudencial en España, atendiendo a la ubicación del delito de asociación ilícita dentro de la sección “De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades

## La peligrosa desmaterialización del concepto de organización criminal

públicas garantizados por la Constitución”, este delito no puede considerarse como una figura que tienda a proteger el correcto ejercicio del derecho de asociación. No puede serlo, entre otras razones, porque tal ubicación sistemática responde tan solo al hecho de que dicha figura fue históricamente utilizada por las dictaduras, precisamente, para limitar el derecho fundamental de asociación política, circunstancia que fue la que llevó al legislador democrático a integrarla en el referido capítulo y bajo dicho título para dejar así completamente claro que el delito se cometerá “con ocasión del ejercicio” de dicho derecho fundamental y no actuando en contra de sí mismo (Faraldo Cabana, 2012:168 y 205).

Por otra parte, tampoco parece que unos delitos como los relativos a las organizaciones o a los grupos criminales, de los que hablan los art. 570 bis y 570 ter CP, puedan ser vistos, como algunos mantienen, ni como figuras que tutelen el monopolio estatal del uso de la fuerza (Cfr. Cancio Melia, 2011: 652) ni como delitos que venga a asegurar el correcto funcionamiento de las instituciones básicas de las sociedades democráticas frente al riesgo en que las pone la búsqueda por parte de dichas asociaciones de enriquecimientos económicos a través del control del poder económico y político (Cfr. Sánchez García De Paz, 2005: 39 y ss).

Así, por ejemplo, mientras que resulta evidente que, con la actual definición legal de dichas asociaciones, no es necesario que las mismas tengan necesariamente que utilizar la violencia, cuestionando así su monopolio estatal, para que se les pueda considerar como tales, también lo es que se podrán incardinar en dicho concepto a agrupaciones que no tienen que tender a obtener beneficios, ni tampoco a controlar el poder económico o político en su beneficio.

Este tipo de planteamientos tenían todo el sentido cuando los instrumentos penales contra la criminalidad organizada estaban exclusivamente dirigidos a luchar contra las grandes y complejas organizaciones criminales que caracterizaban a las mafias o a los carteles de la droga de los años 70 y 80 o contra las organizaciones terroristas jerarquizadas y complejas que caracterizaban a este fenómeno criminal hasta hace relativamente poco. Sin embargo, han perdido toda su vigencia una vez que, como vimos, los reguladores penales, tanto nacionales como internacionales, han decidido extender el ámbito de aplicación de

las medidas inicialmente creadas para combatir estas grandes organizaciones criminales a otras de mucho menor calado y relevancia social, como, por ejemplo, las que nos vienen dadas por las pequeñas bandas de “descuidadas” consagradas a cometer hurtos de escasa cuantía, las dedicadas a cometer daños informáticos, las que distribuyen pornografía infantil o las pequeñas células terroristas; agrupaciones que no presentan la complejidad organizativa, ni el tamaño que serían necesarios para poder considerarlas como adecuadas para poder llegar a afectar a dichos valores o bienes jurídicos, pero que, además, no siempre buscan obtener beneficios económicos ni utilizan los medios violentos que supuestamente las convertirían en agrupaciones adecuadas para poder llegar a cuestionarlos.

Mucho más correcto resulta entonces entender que lo que dotará de contenido material de antijuridicidad a todas estas agrupaciones y a las actividades relacionadas con las mismas (desde la integración, hasta la colaboración externa) será, precisamente, aquello que permite castigarlas respetando el derecho fundamental de asociación. Esto es, el hecho de que tales agrupaciones y las actividades realizadas para apoyarlas incrementan el peligro de la futura realización de hechos delictivos, siendo, por tanto, precisamente la amplia y, en ocasiones, difusa unión de todos los bienes jurídicos que dichos futuros delitos podrían llegar a afectar, y que algunos han tratado de agrupar mediante la interposición de un bien jurídico intermedio, de naturaleza supraindividual, como el orden público o la seguridad colectiva (p. ej. Bocanegra Márquez, 2020: 338), la que delimitará el bien jurídico protegido por todas estas figuras.

Habrà que considerar, por tanto, que, en realidad, todos los delitos relativos a estas organizaciones representan un intenso adelantamiento de la protección penal de los numerosos y, en muchas ocasiones, difusos bienes jurídicos individuales que se podrían ver afectados por los delitos futuros que la organización en cuestión ampararía y fomentaría, algo que, por otra parte, resulta completamente acorde con el hecho de que las figuras relativas a las organizaciones y grupos criminales en España determinen la pena aplicable a quienes los cometen atendiendo, entre otras cosas, precisamente, a la gravedad de los delitos dichas agrupaciones tenderían a generar.

Ahora bien, una vez que se pone de manifiesto que todas estas figuras determinan un adelantamiento de

la protección penal otorgada con respecto a la que tradicionalmente se había dado a dichos valores, habrá que analizar hasta qué punto es legítimo que nuestro legislador se haya decidido a realizarla.

Varios son los aspectos de la criminalidad organizada que han sido tradicionalmente señalados como justificadores del especial y adelantado tratamiento penal que se le ha otorgado.

Sin ánimo alguno de exhaustividad, podemos decir que se considera que este tipo de criminalidad presenta una especial peligrosidad para los referidos valores, atendiendo a dos factores principalmente.

En primer lugar, se señala que la estructura organizativa, propia de estas organizaciones, determina un incremento notable de la puesta en peligro de dichos bienes jurídicos con respecto al que produce la delincuencia colectiva más tradicional. Así, por ejemplo, se ha destacado que las organizaciones no solo agrupan aportaciones personales y materiales que facilitan la comisión de tales hechos dando lugar a un riesgo mayor e incluso distinto al que generaría la mera suma no organizada e institucionalizada de cada una de las aportaciones realizadas a la entidad (Lampe, 1994:683 y ss), ya que, entre otras cosas, al ser estructuras que persisten en el tiempo, por más que cambien sus integrantes, harán llegar las aportaciones genéricamente realizadas por sus integrantes o colaboradores a aquellos otros que las necesitan, en el momento en que las requieren para cometer cada concreto delito, con lo que cumplirán "... una doble función de garantía (delictiva): Por un lado, garantiza la pervivencia del riesgo creado por un miembro; por el otro, garantiza la conexión de dicho riesgo con el generado por los intervinientes en un hecho delictivo concreto", pasando por tanto, la organización a actuar como una "... institución portadora del sistema de actuaciones favorecedoras de hechos concretos" (Silva Sánchez, 2008b: 108).

Se considera, por tanto, que la presencia de una estructura organizativa de las organizaciones criminales reduce las dificultades materiales y técnicas que podrían existir para la comisión de los delitos que persiguen (Cancio Meliá, 2008: 35), lo que las convierte en fuentes de riesgos especialmente peligrosas y, por tanto, justifica que se adelante la intervención penal para poder controlarlas (Silva Sánchez, 2008b: 113).

Sin embargo, no sería este el único factor legitimador de dicho adelantamiento; otro componente

decisivo, a tales efectos, es el factor "cultural". En este sentido, se afirma que las organizaciones criminales dan lugar a grupos humanos cohesionados, donde rigen unas reglas y valores propios y distintos a los imperantes al resto de la sociedad, algo que les permite reducir las generales barreras inhibitorias de los individuos con respecto a la posible comisión de delitos auspiciando que los lleven a cabo (Cancio Meliá, 2008: 37), e incluso pueden estar en posición de limitar la capacidad de decisión de sus integrantes y colaboradores a la hora de optar por realizarlos o no.<sup>5</sup>

Es más, tal y como señala Faraldo Cabana, tampoco es infrecuente que las organizaciones criminales generen problemas difícilmente resolubles de investigación y prueba con respecto a los concretos delitos cometidos por sus integrantes y colaboradores, quienes, por ejemplo, en muchas ocasiones ni siquiera habrían tenido conexión o contacto previo alguno con sus víctimas, lo que sin duda dificultará su identificación y castigo, haciendo, de este modo, que la organización dispense a tales individuos una cobertura que puede llevarles a tener una incluso razonablemente fundada expectativa de impunidad que los predisponga a cometer delitos a su amparo, debilitando así los mecanismos de prevención general y especial negativa propios del sistema penal (Faraldo Cabana, 2012: 72).

Quedarían así definidos los tres parámetros básicos delimitadores del injusto objetivo común a los delitos referidos a este tipo de organizaciones. Dicho injusto se configura por la puesta en peligro que representa para los bienes jurídicos a los que afectaría las futuras comisiones de *los delitos que las organizaciones en cuestión tienden a cometer*; peligro que, por otra parte, se considera especialmente intenso y grave, porque dichas agrupaciones disponen de una *estructura* que facilita y favorece enormemente la comisión de tales delitos y auspician, además, una *cultura* en su seno que respalda e incluso puede empujar a los integrantes a realizarlos.

En definitiva, *estructura, cultura y delitos* son los tres parámetros esenciales a los que habrá que atender para delimitar los injustos típicos de estos delitos y para legitimar, en su caso, el enorme adelantamiento de la intervención penal que representa el castigo de

<sup>5</sup> De "dominados" habla Silva Sánchez, J. M. al aludir a los integrantes activos de estas agrupaciones, en 2008a, p. 11.

**La peligrosa desmaterialización del concepto de organización criminal**

conductas tales como la mera integración, la promoción o la creación de una de tales organizaciones.

Sin embargo, y como hemos tenido ocasión de comprobar, varios de estos parámetros han ido desdibujándose paulatinamente. Así, por ejemplo, cuando se fundamenta el injusto del castigo anticipado de las actividades relacionadas con la criminalidad organizada en el incremento de peligro de comisión de delitos que esta clase de agrupaciones genera, se debe tener en cuenta que, a diferencia de lo que hacía la ley RICO y como ya hemos visto, ya no estamos hablando exclusivamente del castigo de organizaciones dedicadas a cometer los delitos que podría poner en cuestión el funcionamiento del sistema democrático al fomentar la corrupción o la extorsión. Tampoco de aquellas que se dedicaban a la realización de delitos graves o castigados con una pena mínima de cuatro años, como vimos hacían algunos de los textos internacionales comentados. Hablamos de organizaciones que pueden tender a cometer cualquier delito, hasta pequeños hurtos, lo que sin duda hace que sean agrupaciones que generarán riesgos delictivos de mucha menor gravedad que los que, supuestamente, justificaron el anticipado e intenso castigo que establecieron las originarias prescripciones penales creadas para luchar contra la criminalidad organizada.

Algo parecido a lo comentado con respecto al referente relativo a los delitos-fin perseguidos por la organización criminal ha sucedido con el elemento estructural de dichas figuras. Las medidas anticriminalidad organizada vigentes no exigen ya que las agrupaciones a las que se pueden aplicar tengan que tener el tamaño, la complejidad y la fuerte jerarquización que caracterizaban a organizaciones mafiosas, los grandes cárteles de la droga o las organizaciones terroristas tradicionales como ETA, el IRA u otras. Pueden aplicarse con respecto a pequeños grupos o células formadas tan solo por tres personas, sin que, en algunos supuestos, como sucede en los casos de los “grupos criminales”, parezca tampoco necesario o imprescindible que dichas pequeñas agrupaciones tengan un reparto de funciones entre sus integrantes ni tengan un carácter temporalmente estable para poder hacerlo.

Ni estamos, por tanto, ante organizaciones necesariamente numerosas ni complejas, en términos estructurales y de división de tareas, ni ante unas que parezcan que tienen que estar dotadas de un carácter

permanente o indefinido en el tiempo. En una situación así, mantener que la estructura de estas organizaciones es un factor que las hace especialmente peligrosas porque agrupan y organizan importantes recursos materiales y personales para los delitos y los mantienen en el tiempo, colocándolos donde y cuando son más efectivos para su comisión, resulta realmente difícil.

Pero es que, además, si profundizamos un poco más, nos daremos cuenta de que hay un grupo de organizaciones criminales donde esta progresiva pérdida de importancia del elemento estructural ha alcanzado su cenit: las organizaciones y grupos terroristas.

La irrupción del nuevo terrorismo yihadista ha supuesto, sin duda, un punto de inflexión en esta materia. El que este tipo de terrorismo se haya caracterizado por no tener el organigrama fuertemente centralizado que tenía el terrorismo más tradicional y que paulatinamente haya ido cambiado este modelo por uno que, más que suministrar apoyo organizativo y material a sus miembros, se ha caracterizado por darles asesoramiento y soporte adoctrinador y formativo para que puedan ejecutar por sí mismos los atentados que estuviesen en su mano, actuando incluso como “lobos solitarios”, ha llevado a que el derecho penal haya eliminado la exigencia estructural que tradicionalmente se exigía en los delitos creados para anticipar la intervención penal frente al terrorismo y haya optado por extender la aplicación de tales figuras al terrorista individual (Galán Muñoz, 2016).

Podría decirse que el hecho de que el terrorismo haya pasado de un modelo organizativo “centralizado”, que dispone y suministra medios materiales y personales a la realización de los delitos que le son propios, a uno “franquiciador”, que se limita a ofrecer las ideas e informaciones que resultan necesarias para que sus seguidores individuales estén capacitados, por sí solos, para cometer delitos y se decidan a llevarlos a cabo, ha llevado a que el regulador no solo español, sino europeo, haya optado por relegar a un segundo plano la tradicional exigencia organizativa de estos delitos y haya optado por crear varias controvertidas figuras directamente dirigidas a combatir el mecanismo cultural de este nuevo terrorismo, como la que castiga a aquel que simplemente accede habitualmente a webs, redes o foros con contenido yihadista para autoadoctrinarse y capacitarse así para cometer delitos (el delito de autoadoctrinamiento pa-

sivo del art. 575.2 CP) o el que sanciona al que, tan solo, enaltece a los terroristas o humilla a sus víctimas (art. 578 CP).

Así pues, la difuminación de los referentes delictivos y estructurales inicialmente predicados con respecto a la criminalidad organizada no solo ha llevado a que resulte problemático sostener que los adelantamientos punitivos producidos con respecto a las diferentes clases de agrupaciones incluidas en la nueva y muy amplia delimitación legal de dicha criminalidad puedan ser considerados legítimos y proporcionales, sino que, además, también ha provocado que estos cuestionables adelantamientos se hayan extendido a las nuevas figuras que se han creado para luchar contra actuaciones, no organizadas, sino individuales, pero en las que se aprecia la presencia de aquel otro elemento, el cultural, que continúa considerándose como una fuente de peligros tan graves que justifica su represión penal anticipada, por más que esta ponga, sin duda, en tensión el respeto de otros derechos tan fundamentales, como son los referidos a las libertades ideológica, religiosa y de expresión.

Nos encontramos, por tanto, ante una tendencia política criminal expansiva que tensiona y pone en tela de juicio algunos de los más importantes derechos fundamentales de una sociedad realmente democrática, lo que obligará al Ministerio Público a tener que interpretar los delitos creados como resultado de dicha tendencia de una forma que permita mantenerlos dentro del ámbito delimitado por el necesario respeto a tales derechos.

En este sentido, lo primero que hay que señalar es que, una vez que se parte, como aquí se hace, de que lo que dota de lesividad a las simples conductas de apoyo a las diferentes agrupaciones criminales (integración, colaboración, etc...) es el peligro que su ejecución genera con respecto a la futura comisión de unos delitos que no tienen que tener una naturaleza ni una gravedad especial, el único factor que puede dotar a tales actuaciones de una peligrosidad criminal suficiente para legitimar que se castiguen, incluso antes de que se empiece a preparar ningún delito concreto, será el número, y no la cualidad, de los delitos que dichas agrupaciones pretenden incentivar y apoyar. Esto es, el hecho de que sean actuaciones efectuadas en apoyo de organizaciones que tienden a fomentar la futura realización de un número de delitos, en plural (vid, en este sentido, Faraldo Cabana, 2012: 102 o

recientemente, Bocanegra Márquez, 2019: 532, entre otros), tan amplio e indeterminado que el peligro referido a su ejecución resulte ya de la suficiente gravedad como para poder justificar y legitimar tan enorme adelantamiento de la intervención penal.

Se necesitará, por tanto, que la agrupación u organización a la que se ayude tienda a cometer un número significativo y no plenamente acotado de delitos y no uno o varios concretos y determinados; posicionamiento que nos obliga, por otra parte, a entender que solo podrán tener por tales a aquellas agrupaciones que, aunque no estén compuestas por un número significativo de personas (recuérdese, basta con tres) ni tengan un alto grado de complejidad organizativa, por carecer de un reparto de funciones o de un complejo esquema organizativo claramente jerarquizado (como sucede con el grupo criminal), sí que resulten, cuanto menos, capaces y adecuadas, desde un punto de vista *ex ante*, para poder apoyar y amparar la repetida realización de dicho amplio y no determinable número de delitos, algo que, evidentemente, obligará a que tengan al menos una pretensión de permanencia o estabilidad que les permitiría llevarlos a cabo.

Habrà que entender, por tanto y como consecuencia de todo lo anterior, que solo podrá considerarse como proporcionado el uso de las extremadamente anticipadas medidas penales creadas para luchar contra la criminalidad organizada cuando se apliquen a agrupaciones u organizaciones de personas que, aunque no tuviesen una pretensión de duración indefinida, sí que tuviesen aquella pretensión de estabilidad o permanencia temporal que permitiría considerarlas como agrupaciones adecuadas y tendentes a cometer un número significativo y no cerrado y determinado de delitos; algo que habrá de ser muy tenido en cuenta por el Ministerio Público al hacer uso de dichas medidas, pero que, además, será lo que le permitirá diferenciar las actuaciones de criminalidad organizada, aunque sean de pequeña escala, con respecto a las que las podrá aplicar, de aquellas otras que, por solo amparar la ejecución de uno o de varios delitos previamente definidos y concretos, solo deberían ser ya consideradas y sancionadas mediante el uso de las formas tradicionales de codelincuencia, intentada o ejecutada.

Ahora bien, todavía queda otro problema que el Ministerio Público tendrá que resolver para hacer que estos delitos y sus derivaciones mantengan el respeto



## La peligrosa desmaterialización del concepto de organización criminal

mínimo necesario a los derechos fundamentales de los ciudadanos. El que se generó como consecuencia de la paulatina y aparentemente imparable expansión de los delitos tendentes a neutralizar el otro factor de riesgo, inicialmente vinculado a la criminalidad organizada, pero que se ha desgajado del mismo como consecuencia del cambio operativo de una de sus manifestaciones más graves, la del terrorismo.

Como hemos visto, en los ordenamientos europeos, y en España en especial, cada vez hay más delitos que vienen a castigar a quienes difunden determinados discursos terroristas o a quienes los consumen, aunque lo hagan por su cuenta y de forma autónoma y desconectada de una organización o grupo terrorista. Son delitos que ponen en evidente tensión derechos fundamentales como la libertad ideológica, religiosa y de expresión, lo que ha obligado a nuestros tribunales y, a buen seguro, debería obligar al Ministerio Público de cualquier país democrático, a interpretarlos restrictivamente y con mucha cautela.

Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español, que parte de que en dicho país, a diferencia de otros europeos, hay una democracia no militante que reconoce que la libertad de expresión ampara no solo aquellos discursos que sean contrarios a sus principios y derechos, sino incluso a los que atacan al propio sistema democrático, ha considerado que el cuestionable y cuestionado delito de enaltecimiento terrorista solo puede ser considerado acorde y respetuoso con dicho derecho fundamental en la medida en que se aplique exclusivamente con respecto a mensajes que, aunque no inciten directa y expresamente a cometer ningún delito concreto a sus receptores, sí que son idóneos para incitarles a cometer algún delito terrorista de carácter violento (no de cualquier otra naturaleza), por más que dicho ataque delictivo futuro aún no estuviese determinado y, por tanto, no se pudiese fijar (Galán Muñoz, 2019). Así sucederá, por ejemplo, cuando los actos enaltecedores del terrorismo o humillantes para las víctimas que se realicen vengan a respaldar un clima, una situación de violencia cultural social, que *de facto* estaba haciendo que dichos ataques violentos se llevasen a cabo y se efectúen además de una forma y ante un auditorio que era objetivamente previsible que se viesen motivados por el mismo a realizarlos.

Muchos son, pese a todo los problemas que plantean esta y el resto de las figuras represoras de lo que se ha dado en llamar discurso del odio (para un co-

mentario más amplio y exhaustivo de estas figuras véase Galán Muñoz, 2020). Sin embargo, resulta evidente, por lo que a nosotros nos interesa en este momento, que son figuras que solo resultarán acordes con el derecho fundamental a la libertad de expresión garantizado por las democracias no militantes, en la medida en que se limiten a castigar actos comunicativos objetivamente idóneos para generar la comisión de delitos terroristas que, aunque no estén concretados ni del todo definidos, sí que resulten predecibles y, además, tengan carácter violento (asesinatos, atentados, etc.), algo que quienes han de aplicar dichas figuras habrán de tener muy en cuenta a la hora de hacerlo para garantizar que respeten el referido derecho fundamental.

Algo parecido sucedió con el delito de autoadocctrinamiento pasivo terrorista. Pese a su cuestionable redacción y a la inicialmente errática interpretación que le dieron algunos tribunales españoles, que la utilizaron para castigar a aquellos que simplemente seguían los postulados del yihadismo radical (Vid. p. ej. González Vaz, 2020: 116 y ss), ha sido una figura que el Tribunal Supremo español ha entendido que solo resulta acorde con los derechos a la libertad ideológica y religiosa vigentes en dicho país, en la medida en que se aplique exclusivamente a quien se autoadocctrina o accede habitualmente a los contenidos adocctrinadores característicos del terrorismo, con la intención de capacitarse para cometer delitos terroristas, lo que nuevamente deberá ser muy tenido en cuenta por quien ejerza la acción penal aplicando tales figuras.

Se produce, en cualquier caso, de esta forma, una completa subjetivación del injusto típico de este delito, indeseable fenómeno que resulta, sin embargo, inevitable en la medida en que al centrar el legislador su atención en la represión de actuaciones tan alejadas del comienzo efectivo de cualquier actividad objetiva propia, no solo con la ejecución del delito que pretende realmente evitar (p. ej. un homicidio terrorista), sino incluso con su concreta preparación (p. ej. con la compra del arma que se pretenda emplear), solo pueden conectarse con alguno de los delitos que su sanción pretende prevenir, constatando la voluntad del sujeto que las lleva a cabo de cometer alguno de ellos, aunque dicho sujeto ni siquiera sepa todavía cuál habría de ser en concreto.

El peligro que encierran delitos como este o como el de enaltecimiento, castigados en el ordenamiento

español, es que, si no se interpretan y aplican de forma restrictiva, pueden terminar sirviendo para castigar el mero hecho de sostener o difundir determinadas ideas, lo que olvida dos problemas fundamentales. En primer lugar, que estas, las ideas, por muy perversas que nos puedan parecer no se “matan” o eliminan con el derecho penal, pudiendo resultar el uso de dicho instrumento jurídico contraproducente para erradicarlas al convertir, ante sus seguidores, en “mártires a quienes son condenados simplemente por defenderlas y en “verdugos” de los que hay que vengarse a quienes los castigan. Pero en segundo lugar y por otra parte, también viene a olvidar que, en el intento de acabar con algunas ideas o “culturas” realmente peligrosas mediante el uso de penas, se puede terminar sancionando otras, tal vez repudiables o rechazables para la mayoría social, pero que no generan peligro de comisión de delito alguno, lo que las convierte en actuaciones amparadas por las libertades ideológicas y de expresión y perfectamente legítimas, por más que no nos gusten o incluso nos puedan repugnar.

Habrà que entender, por tanto, que la paulatina difuminación o desmaterialización del concepto de criminalidad organizada ha facilitado que los instrumentos inicialmente desarrollados para combatir, de forma muy anticipada, a esta forma de criminalidad se hayan trasladado y expandido para hacer lo propio con otras manifestaciones criminales con las que la criminalidad organizada solo tienen en común al factor cultural, algo que resulta altamente peligroso, ya que puede llegar a provocar que los Estados caigan por aquella “pendiente resbaladiza” que podría llegar a convertirlos en Estados totalitarios, represores de toda discrepancia del pensamiento o del sentir mayoritarios.

El peligro está ahí y solo los juristas y, especialmente, los jueces pueden evitar que se haga realidad, efectuando una labor interpretativa constante de defensa de los derechos fundamentales. Nadie puede decir que dicha tarea, en unas sociedades como las actuales, donde campan a sus anchas los más variados populismos punitivos y en las que se tiende a tildar cualquier idea contraria a la que cada uno mantiene de peligrosa o incluso de terrorista, vaya a ser fácil de realizar. Sin embargo, hay que reconocer que es una tarea que se debe llevar a cabo si no queremos que la paulatina restricción de derechos que se viene produciendo, presuntamente, para luchar contra “ex-

cepcionales formas de criminalidad”, como la organizada o la terrorista, terminen por hacernos caer por la pendiente que nos lleve a perder, poco a poco, los derechos y libertades fundamentales que tanto tiempo y esfuerzo nos ha costado conquistar.

#### 4. Bibliografía

- Bocanegra Márquez, J. (2019) “El concepto de “grupo criminal” del art. 570 ter.1. II CP. La necesidad de su interpretación restrictiva”. En *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia., 2019.
- Bowling, K. (2015) “Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act”, DO - 10.13140/RG.2.2.18213.29929, disponible en [https://www.researchgate.net/publication/307965476\\_Racketeer\\_Influenced\\_and\\_Corrupt\\_Organizations\\_Act](https://www.researchgate.net/publication/307965476_Racketeer_Influenced_and_Corrupt_Organizations_Act) (últ. Vis. 1-10-2020)
- Cancio Melià, M. (2008). “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”. En *Delitos de organización*. Ed. B de F, Buenos Aires., 2008.
- Cancio Melià, M. (2011). “Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo”. En *Estudios sobre las reformas del Código penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero*. Ed. Thomson Reuters-Civitas, Madrid., 2011.
- Díez Ripollés, J. L. (2005) “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”. En *RECPC*, en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf> (últ. acc. 21-2-2019).
- Faraldo Cabana, P. (2012). *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- Galán Muñoz, A. (2016). “¿Leyes que matan ideas frente a las ideas que matan personas?: Problemas de la nueva represión de los mecanismos de captación terrorista tras la reforma del Código penal de la LO 2/2015”. *Revista de derecho penal y criminología*, núm.15, 95-138, 2016.
- Galán Muñoz, A. (2018). “El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros?”, *Estudios Penales y Criminológicos*,

## La peligrosa desmaterialización del concepto de organización criminal

- vol. XXXVIII (2018), <http://dx.doi.org/10.15304/epc.38.5127>. (últ. vis. 2-2-2020)
- Galán Muñoz, A. (2020). “Delitos de odio, discurso del odio y derecho penal: ¿Hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural?”. *Revista Penal México*, núm.º 46, 41-66.2020.
- González Vaz, C. (2020). “Política criminal en tiempos del terrorismo yihadista. El inicio del derecho penal orwelliano”. *Revista Penal México*, núm. 16 y 17.
- Jakobs, G. (2006). *Derecho penal del enemigo*. Ed. Civitas, Madrid, 112-123.
- Lampe, J. (1994) “Systemunrecht und Unrechtssysteme”. *ZStW*, 106, 1994.
- Sánchez García De Paz, M. I. (2005). *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Ed. Ministerio del interior/ Dykinson, Madrid.
- Silva Sánchez, J. M. (2008a). “Introducción”. En *Delitos de organización*. Ed. B de F, Buenos Aires.
- Silva Sánchez, J. M.(2008b). “La “intervención a través de organización”, ¿una forma de participación en el delito?”, en *Delitos de organización*. Ed. B de F, Buenos Aires.
- Zúñiga Rodríguez, L. (2002), “Redes internacionales y criminalidad: a propósito del modelo de participación en organización criminal”. *El Derecho penal ante la globalización*, Ed. Colex, Madrid.
- Zúñiga Rodríguez, L. (2016). “El concepto de criminalidad organizada transnacional: problemas y propuestas”. *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 12, núm. 86, 62-114.

## Prisión preventiva, secreto sumarial e información y acceso a los elementos esenciales de las actuaciones: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español

José León Alapont

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal  
Universidad de Valencia (España)  
Código ORCID: 0000-0002-0537-6563

**RESUMEN:** La prisión preventiva (como medida cautelar) ha sido, es y será una institución controvertida y polémica. La privación de libertad sin existencia de condena —o, lo que es lo mismo, sin haberse desvirtuado la presunción de inocencia— genera múltiples distorsiones. Una de ellas es el choque frontal que se produce entre el denominado derecho de acceso al expediente y la declaración del secreto de la causa. En este trabajo trataremos de abordar dicha cuestión a través del análisis de la legislación europea y nacional y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español al respecto, el cual tuvo ocasión de pronunciarse al respecto en la sentencia 83/2019, de 17 de junio. Asimismo, examinaremos las más recientes resoluciones dictadas por dicho tribunal tras esa primera sentencia que ha sentado doctrina.

**PALABRAS CLAVE:** prisión provisional, secreto de sumario, acceso al expediente, derecho de defensa, tutela judicial efectiva.

**ABSTRACT:** provisional prison (as a precautionary measure) has been, is and will be a controversial and polemical institution. The deprivation of liberty without the existence of a conviction —without having distorted the presumption of innocence— generates multiple distortions. One of them is the frontal collision that occurs between the so-called right of access to the judicial file and the declaration of the secrecy of the case. In this paper we will try to address this issue through the analysis of European and national legislation and the jurisprudence of the Spanish Constitutional Court in this regard, which had the opportunity to pronounce on the matter in judgment 83/2019, of June 17. Likewise, we will examine the most recent decisions issued by said court after that first sentence that has established doctrine.

**KEY WORDS:** provisional imprisonment, summary secrecy, access to the case file, right of defense, effective judicial protection.

**SUMARIO:** 1. Planteamiento: consideraciones generales en torno a la prisión provisional y el secreto de sumario. 2. La doctrina del Tribunal Constitucional español (stc 83/2019, de 17 de junio). 2.1. Relato fáctico. 2.2. Fundamentación jurídica. 2.3. Efectos (art. 55.1 LOTC). 3. Consolidación de la doctrina del Tribunal Constitucional español. 3.1. La stc 180/2020, de 14 de diciembre. 3.2. La stc 80/2021, de 19 de abril. 4. Breve conclusión. 5. Bibliografía.

## 1. Planteamiento: consideraciones generales en torno a la prisión provisional y el secreto de sumario

Si hubiera que definir por excelencia una institución jurídica controvertida diríamos que la prisión provisional se ajusta sobradamente a dicho parámetro. Así ha venido siendo criticada desde tiempo atrás por los problemas que plantea ya sea en un plano puramente procesal,<sup>1</sup> penal<sup>2</sup> o penitenciario.<sup>3</sup> Y así sigue siendo, y probablemente lo será en un futuro, a pesar de las reformas que se han venido planteando en torno a esta figura.<sup>4</sup>

Un debate clásico en torno a la prisión preventiva es el de su abuso,<sup>5</sup> recurriéndose a ella casi —o sin

el casi— como regla general cuando debiera ser la excepción, habida cuenta del conjunto de medidas cautelares alternativas previstas en la legislación procesal penal para el aseguramiento de la persona.<sup>6</sup> En este sentido, cabe manifestar que esta medida cautelar que afecta de pleno a distintos derechos fundamentales de la persona (principalmente a su libertad)<sup>7</sup> se asemeja cada vez más a una pena privativa de libertad (aunque temporal) en toda regla.<sup>8</sup> Igualmente, también conocida es la problemática “objetivación” de los presupuestos que conducen a decretar la prisión provisional.<sup>9</sup> Con todo, en época más reciente, han surgido nuevos frentes que vuelven a situar esta medida cautelar en el centro de atención.

Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional en su sentencia 83/2019, de 17 de junio, declaró inconstitucional parte del artículo 294.1 LOPJ, concretamente el inciso que establecía que “Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos *por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre*, siempre que se le hayan irrogado perjuicios”, pasando a decir dicho precepto: “Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, *sean absueltos o haya sido dictado auto de sobreseimiento libre*, siempre que se le hayan irrogado perjuicios”.<sup>10</sup> Igualmente

<sup>1</sup> Vid., al respecto, Sánchez Barrios, M. I.: “La prisión provisional en España y su problemática reguladora”, en Castillejo Manzanares, R. (Dir.): *El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal*, Atelier, Barcelona, 739-750, 2019. Marchena Gómez, M.: *Prisión provisional y principio acusatorio: cuestiones procesales*, Sepin, Madrid, 169-198, 2004. Asencio Mellado, J. M.: *La prisión provisional*, Civitas, Madrid, 1987.

<sup>2</sup> Orts Berenguer, E. y González Cussac, J. L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General (8ª edición)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 165 y ss. Faraldo Cabana, P.: “La prisión provisional en España, Alemania e Italia: un estudio de derecho comparado”, *Revista de derecho y proceso penal*, 7, 2002. Muñoz Conde, F.: “Cuestiones teóricas y problemas prácticos de la prisión provisional”, en Barbero Santos, M. (Coord.): *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 219-230, 1997.

<sup>3</sup> Cervelló Donderis, V.: *Derecho penitenciario (4ª edición)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

<sup>4</sup> Vid., a título de ejemplo, Asencio Mellado, J. M.: “Notas sobre el proyecto de ley de reforma de la prisión provisional”, *Revista General de Derecho Procesal*, 1, 2003. Faraldo Cabana, P.: “El proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional”, *Actualidad Penal*, 2, 2003. Gimeno Sendra, J. V.: “La necesaria reforma de la prisión provisional”, *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, 7, 2001. Jorge Barreiro, A.: “Prisión provisional: una reforma, para qué”, *Jueces para la Democracia*, 22, 1994. De gran interés para el lector puede resultar también la consulta de recientes publicaciones sobre la materia, como las que se citan a continuación: Simón Castellano, P. y Abadías Selma, A. (Dirs.): *Presos sin condena: Límites y abusos de la institución cautelar al albur de la reforma de la LECRIM*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021. Abadías Selma, A. y Simón Castellano, P. (Coords.): *Prisión provisional, utilidad o perjuicio?*, Madrid, Colex, 2021. Abadías Selma, A. y Simón Castellano, P. (Coords.): *La prisión provisional y su estudio a través de la casuística más relevante un análisis ante la segunda revolución de la justicia penal*, Barcelona, Atelier, 2020. Abadías Selma, A. y Simón Castellano, P.: *La prisión provisional a análisis: su problemática aplicación práctica y el sistema de indemnización por daño sacrificial*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2020.

<sup>5</sup> Lascraín Sánchez, J. A.: “Prisión provisional mínima”, en Da Costa Andrade, M., João Antunes, M. y Aires De Sousa, S. (Coords.): *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias (vol. 3)*, Univeridade de Coimbra, Coimbra, 897-922, 2009.

<sup>6</sup> Planchadell Gargallo, A.: “La prisión provisional: ¿cambio de rumbo en las medidas cautelares?”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 77, 2018. Bellido Penadés, R.: “La prisión provisional y las medidas alternativas aseguradoras de la presencia del encausado en el borrador del Código Procesal Penal”, en Moreno Catena, V. (Dir.): *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal: Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 403-427, 2015. Barona Vilar, S.: *Prisión provisional y medidas alternativas*, Bosch, Barcelona, 1988.

<sup>7</sup> Vid., ampliamente, Sanguiné, O.: *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

<sup>8</sup> Como si de una pena de prisión anticipada para determinados delincuentes se tratase. Sobre esta perspectiva, Ragués I Vallés R.: “Prisión provisional y prevención de delitos. Legítima protección de bienes jurídicos o Derecho penal del enemigo?”, en Cancio Meliá, M. y Gómez-Jara Díez, C. (Coords.): *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión (vol. 2)*, Edisofer, Madrid, 713-734, 2006.

<sup>9</sup> Asencio Mellado, J. M.: “La objetivación de los criterios para la apreciación del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* en la prisión provisional”, en AA. VV.: *Derecho y proceso: liber Amicorum del profesor Francisco Ramos Méndez*, Atelier, Barcelona, 323-354, 2018.

<sup>10</sup> Simón Castellano, P.: “Presunción de inocencia e indemnización por prisión provisional indebida (interrogantes tras la STC 85/2019)”, *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 143, 2020.

te, con ocasión de la causa del *procés* se planteó un interesante debate acerca de si la prisión provisional decretada entonces vulneraba el derecho de participación política de los presos catalanes, concretamente, a ejercer su cargo una vez elegidos democráticamente.<sup>11</sup>

Cierra el círculo el tema que nos ocupa en el presente trabajo, cual es la dificultad o imposibilidad de acceso al expediente, tomos, o parte de la causa — cuando esta ha sido declarada secreta— y se pretende impugnar la prisión provisional del investigado o encausado.

Huelga destacar la trascendencia del secreto sumarial —esta es su principal razón de ser— cuando de proteger las averiguaciones realizadas durante una investigación se trata para así no perturbar el fin de la misma. Institución esta, la del secreto de sumario, que queda tutelada, incluso, por el derecho penal, como así queda reflejado en el artículo 466 CP que regula el denominado quebrantamiento de secreto sumarial.<sup>12</sup> Con todo, dicha reserva no tiene por qué operar siempre ni, en todo caso, de forma absoluta.<sup>13</sup>

La cohabitación entre la prisión provisional y el secreto de sumario siempre ha discurrido por derroteros no siempre coincidentes. La decisión de privar de libertad —aun temporal y provisionalmente— a una persona que todavía no ha sido condenada es, probablemente, la medida más coercitiva que puede emplear el Estado, máxime en un estadio procesal en el que su presunción de inocencia todavía no ha sido enervada. Por otro lado, la necesidad de preservar el secreto de las actuaciones para no poner en riesgo el curso de la investigación es, naturalmente, una finalidad legítima pretendida por el legislador.

Así pues, en el texto que aquí se presenta trataremos de resumir los principales argumentos esgrimidos recientemente por el Tribunal Constitucional respecto de esta cuestión, para concluir con unos

comentarios críticos respecto a la solución propuesta por el alto tribunal y sus implicaciones, pues no hay que olvidar que están en juego los derechos a la tutela judicial efectiva y defensa contemplados en el artículo 24 CE.

## 2. La doctrina del Tribunal Constitucional (STC 83/2019, de 17 de junio)

El Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse en su sentencia 83/2019, de 17 de junio, sobre la legitimidad del acceso a las actuaciones obrantes en una causa bajo secreto de sumario cuando ello se produzca mediando una privación de libertad provisional. Al análisis de dicha resolución y sus principales postulados se dedicarán las siguientes líneas.

### 2.1 Relato fáctico

Tal y como se señala en los antecedentes de la referida sentencia, una vez puesto el detenido a disposición judicial, en el momento de la toma de declaraciones por el juez de Instrucción de Reus este indicó que, al encontrarse la causa bajo secreto, la información que se le facilitaría en ese momento quedaría limitada a lo esencial en términos de defensa. Le comunicó así que los hechos objeto de imputación, investigados desde primeros de año, podrían constituir delitos de blanqueo de capitales, delito fiscal, falsedad documental, alzamiento de bienes y pertenencia a organización criminal. También le informó, en cuanto a los hechos, de que el atestado policial había venido a denominar “clan Torres” al grupo conformado por el demandante y sus dos hermanos, su padre y sus respectivas esposas, actuando como testaferros los dos detenidos restantes. Continuó explicándole que, a tenor de lo investigado hasta la fecha, dicho clan operaría ilegalmente desde el conjunto de empresas que constan a su nombre sin lógica empresarial ni mercantil, particularmente, en las compraventas habidas entre ellas, deduciéndose de su actividad la finalidad de dar apariencia legal a dinero procedente con carácter principal del tráfico de drogas. Fue igualmente informado de que ese martes se habían realizado diversas entradas y registros, ocupándose en su domicilio una importante cantidad de dinero en efectivo, cercana a los 400 000 €, como hallazgo más significativo.

En la vista prevista en el artículo 505 LECrim (Ley de Enjuiciamiento Criminal), la fiscal interesó para

<sup>11</sup> Moreno Catena, V.: “La prisión provisional de los condenados del *procés*”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, 26, 2019. Tirado Estrada, J. J.: “Prisión provisional y restricciones al derecho de representación política (art. 23 CE)”, en Gómez-Jara Diez, C. (Coord.): *Persuadir y razonar: Estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín (Tomo I)*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 1043-1077, 2018.

<sup>12</sup> González Cussac, J. L.: “Quebrantamiento de secreto sumarial (art. 466 CP)”, en AA. VV.: *Estudios jurídico penales y criminológicos: en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva (vol.1)*, Dykinson, Madrid, 1113-1127, 2018.

<sup>13</sup> Muerza Esparza J. J.: “Sobre el secreto de sumario”, en AA. VV.: *El derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1137-1154, 2012.

todos los detenidos la medida cautelar de prisión provisional, comunicada y sin fianza.

Tras evaluar las características y gravedad de cada uno de los delitos a ellos atribuidos, refirió concurrir motivos bastantes para adoptar la medida cautelar a resultas de la investigación policial y judicial, la cual refleja la concurrencia de indicios que no resultaba posible especificar por el momento al hallarse la causa declarada secreta, como conocen los letrados de las defensas. Recordó, no obstante, que al inicio de las declaraciones se les había informado por el juez instructor de que tales indicios determinarían *grosso modo* la existencia de una compleja operativa organizada por el hermano mayor de este clan familiar mediante el uso de sociedades instrumentales y patrimoniales, así como de personas físicas (parientes y testaferros afines a estos negocios, asimismo detenidos), dirigidas a ocultar la verdadera titularidad y poder de disposición sobre un patrimonio de origen presuntamente ilícito.

El abogado del demandante, por su parte, aludió al contexto de indefensión en el que se encontraban sus patrocinados por el hecho de no habérseles proporcionado acceso a las actuaciones como consecuencia del secreto sumarial. Calificó de insuficiente, en términos de defensa, la simple información facilitada, en su lugar, por el órgano judicial previamente a prestar declaración, así como por la fiscal al abogar por la prisión provisional en ese mismo acto.

El auto que resolvió sobre la situación personal del recurrente expresaba en el encabezamiento la presunta participación del recurrente en delitos de blanqueo de capitales con origen en el tráfico de drogas (arts. 301 y siguientes del Código penal: CP), organización criminal (art. 570 *bis* CP) y tráfico de drogas (arts. 368 y ss. CP), castigados cada uno de ellos con penas de hasta seis años de prisión, así como de delitos de alzamiento de bienes (art. 257 CP), falsedad en documento público cometida por particulares (art. 392 CP, en relación con el art. 390 CP) y delito societario (arts. 290 y ss. CP).

En las alegaciones formuladas en el recurso de apelación frente a la Audiencia Provincial de Tarragona, con fundamento en el derecho de defensa y en el derecho a no sufrir indefensión, el demandante sostuvo, en primer término, la imposibilidad de articular impugnación alguna frente a la prisión provisional decretada por el juez instructor, pues la declaración de secreto había impedido que se facilitara al recurrente

todo documento, informe, atestado o elemento obrante en la causa indicativo de los motivos e indicios que habrían de sustentar la medida, así como de los demás requisitos exigidos por el artículo 503.3 LECrim

Entre otras razones, en el escrito de recurso se incidía en la privación efectiva del derecho que le asistía de acceder a los elementos de las actuaciones esenciales para impugnar la detención y la privación de libertad, de conformidad con los artículos 505.3 y 520.2 d) LECrim. Para el recurrente, dicho derecho debe operar incluso en supuestos de secreto sumarial (art. 302 LECrim), según se desprende de la Ley Orgánica 5/2015, que modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal para trasponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre, y muy especialmente la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo, sobre el derecho a la información en los procesos penales. Conforme a esta normativa, no habría margen desde el que limitar el derecho del detenido o preso de acceder, por sí o a través de su defensa, a la documentación que resulte esencial para impugnar su privación de libertad, incluso en supuestos de secreto sumarial como el de autos, no bastando a tal fin una mera información verbal y genérica sobre los hechos investigados.

Por otro lado, el recurrente destacaba que en la medida en que el auto notificado a las partes ilustraba de ciertos extremos que, como indicios, apoyaban la prisión provisional, cabía entender que su conocimiento pleno en modo alguno interfería, a juicio del propio juzgado, en el carácter secreto de las actuaciones.

En la vista de apelación ante la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Tarragona, el Ministerio Fiscal sostuvo que la información facilitada reunía los presupuestos del artículo 506 LECrim, incluyendo sucinta descripción de los hechos e ilícitos imputados. Para el fiscal, la declaración de secreto no permitía proporcionar por el momento mayor información, al estar pendiente el desarrollo de relevantes diligencias de investigación, ya acordadas.

La Audiencia Provincial de Tarragona indicó que, en efecto, el artículo 118.1 LECrim señala como garantía específica del derecho de defensa la necesidad de informar prontamente a toda persona investigada del presunto delito cometido. Y que el contenido de dicha información, definido en el propio artículo 118 LECrim, contempla el derecho a acceder a las actuaciones sobre las que se funda la imputación con la debida antelación, entre otros. Ahora bien, para la Audiencia Provincial tal regla general se ve limitada en

aquellos supuestos en los que el juez de instrucción, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 302 LECrim, acuerda declarar secreta la causa, supuesto en el que el acceso a la información se ve limitado por la necesidad principal de preservar la propia instrucción en desarrollo, como es el caso.

Por otra parte, manifestaba que la información que, a tal efecto, se puede transmitir al sujeto pasivo de la medida cautelar ha de ser reducida, limitándose en su notificación al afectado a una sucinta exposición de los hechos imputados y de los fines con ella pretendidos (art. 506.2 LECrim).

A mayor abundamiento, la Audiencia Provincial expresaba que el auto recurrido recoge una cumplida información con los hechos investigados y la valoración de las finalidades que se pretenden adoptando dicha medida cautelar. Por tanto, no se observaba que se hubiere causado indefensión a los hoy apelantes, sin perjuicio de que una vez levantado el secreto se debiera realizar por parte del juzgado la correcta información a los investigados de los hechos y delitos que justifican tal posición y de que se notifique de forma plena el auto de prisión provisional hoy recurrido.

En la demanda de amparo, el recurrente denuncia la vulneración del derecho de defensa (art. 24.2 CE), con afectación del derecho a la libertad personal (arts. 17.1 y 3 CE), como consecuencia de no haberse proporcionado acceso a los materiales de la instrucción, lo cual habría impedido que el recurrente adquiriera información de lo necesario en relación con la medida cautelar de prisión provisional. Para ello pone de relieve que, una vez detenido y con carácter previo a recibirse declaración, simplemente se le comunicó que por razón del secreto sumarial no se le podía dar acceso a las actuaciones. En consecuencia, el instructor judicial no facilitó al demandante, como tampoco a su defensa, ningún documento, informe, atestado o elemento obrante en las actuaciones que le ilustrara sobre los motivos, indicios y fines de la prisión provisional concurrentes en su caso (art. 503 LECrim).

Interesándose del Tribunal Constitucional un pronunciamiento que coonestara los artículos 118.1 b), 302, 505.3, 506.2 y 520.2 d) LECrim con la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2015 y con la Directiva 2012/13/UE que con aquella se traspone, prestando particular atención a los considerandos 30 y 32 de esta última, luego concretados en su artículo 7. Para el demandante, de este conjunto normativo se

desprende que el abogado del investigado ha de tener, sin excepción alguna, acceso a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la privación de libertad; afirmación que difícilmente puede casar con el supuesto traído en amparo, pues ni siquiera ha existido la intención de facilitar dicho acceso. Ante la disparidad de criterios actualmente existente sobre esta cuestión entre las distintas Audiencias Provinciales, y con el fin de evitar resoluciones contradictorias, se hace necesario un pronunciamiento del tribunal que unifiquen, en clave constitucional y desde el sentido expuesto por el demandante, la interpretación de esta normativa.

De esta forma, para el demandante, el detenido o preso no puede encontrar limitaciones en el acceso a la documentación esencial para impugnar la privación de libertad; derecho que no puede suplirse con una información simplemente verbal y genérica.

El Ministerio Público, por su parte, trajo a colación la STC 339/2005, de 20 de diciembre (FJ 4), en la que se insiste en diferenciar entre la asistencia letrada al detenido que se ejercita en las diligencias policiales y judiciales, y que el artículo 17.3 CE reconoce como una de las garantías del derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE), y la asistencia letrada al investigado o encausado que se enmarca en el derecho a la tutela judicial efectiva y al proceso con todas las garantías (art. 24.1 y 2 CE). Tratándose de una doble proyección constitucional que, en paralelo con los artículos 5 y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y los 9 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, impide asignar un mismo contenido a los derechos individualizados en los artículos 17.3 y 24.2 CE.

Así, una cosa es que toda persona, desde que es detenida, tenga derecho a ser informada de los hechos que se le atribuyan y de las razones de su privación de libertad [arts. 118.1 a) y 520.2 LECrim] y otra bien distinta que esa misma persona, en iguales circunstancias, tenga también derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar su derecho de defensa y, en todo caso, con anterioridad a que se le tome declaración [arts. 118.1 b) y 520.2 d) LECrim]; derecho este último que el investigado puede hacer valer a través de su abogado [arts. 520.6 a) y 505.3 LECrim].

La Fiscalía aduce, por otro lado, que de la lectura en particular del artículo 7.4 y del considerando 32 de la Directiva 2012/13/UE, del Parlamento Europeo y



del Consejo, de 22 de mayo de 2012, sobre derecho a la información en los procesos penales, se desprendería la imposibilidad de limitar al detenido o privado de libertad un acceso al expediente relacionado con los documentos que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva, con arreglo a lo establecido en la legislación nacional, la legalidad de su situación personal. La concreción de estas garantías se ha traducido en ciertas reformas de los artículos 118 y 520 LECrim que, al propio tiempo, deben convivir con las limitaciones que, de conformidad con el artículo 302 LECrim y con carácter temporal, puede establecer el juez de instrucción para garantizar el resultado de la investigación o evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona, declarando total o parcialmente secretas las actuaciones.

El Ministerio Público llega a la conclusión de que en realidad en ningún momento se reconoció al demandante, como tampoco a su abogado, el derecho de acceder a los elementos de las actuaciones esenciales para impugnar la legalidad de la medida cautelar, infringiéndose así lo dispuesto en los artículos 118.1 b) y 520.2 d) LECrim. Estima el Ministerio Público que dicha denegación no se justifica desde el secreto sumarial, habida cuenta la remisión al artículo 505.3 LECrim, que comprende el último inciso del artículo 302 LECrim y que lleva a entender que el acceso a los elementos de las actuaciones esenciales para impugnar la privación de libertad no admite limitaciones, ni siquiera en caso de secreto sumarial, a la vista de la expresión “en todo caso”. Este derecho no puede entenderse suplido desde la información que recibió el demandante en sede policial: los datos facilitados, entonces, podría entenderse que cubren el exigible grado de conocimiento sobre los hechos atribuidos y sobre las razones motivadoras de la privación de libertad, pero no suministran un acceso efectivo a lo esencial en las actuaciones para impugnar la legalidad de esta situación personal. Por tal razón, propone que este tribunal declare vulnerado el derecho de defensa del demandante (art. 24.2 CE).

## 2.2. *Fundamentación jurídica*

En el fundamento jurídico tercero de la citada sentencia, el Tribunal Constitucional proclama que la publicidad de las actuaciones judiciales es un principio constitucional de general aplicación, sin perjuicio de

las excepciones que en determinados casos puedan prever las leyes de procedimiento (art. 120.1 CE). Según ha expresado este tribunal (SSTC 159/2005, de 20 de junio, FJ 3; 96/1987, de 10 de junio, FJ 2, o 56/2004, de 19 de abril, FJ 5), tales excepciones pueden producirse cuando, por exigencias del principio de proporcionalidad, deba ponderarse que otros derechos fundamentales o bienes con protección constitucional han de tener prevalencia:

a) Tal y como indicó la STC 159/2005, de 20 de junio, FJ 3, en desarrollo de este principio general de publicidad procesal, la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) dispone la entrega a los interesados de la información que soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales, que podrán examinar y conocer salvo que hubieren sido declaradas secretas o reservadas conforme a la ley (arts. 232.1 y 234.1 LOPJ). Reconoce, asimismo, a las partes procesales y a cualquier persona que acredite un interés legítimo y directo el derecho a obtener copia de los escritos y documentos que consten en autos no declarados secretos ni reservados, así como testimonios y certificados, en los casos y modo establecidos en las leyes (art. 234.2 LOPJ). Esa accesibilidad se expande en el artículo 235 LOPJ para permitir a cualquier interesado solicitar la exhibición de libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado mediante las formas legalmente establecidas.

Es la limitación al conocimiento del resultado de la investigación que tiene por causa el secreto sumarial la que interesa en este proceso de amparo. Sus perfiles constitucionales y eficacia procesal habrán de compaginarse, además, con la remisión al artículo 505.3 LECrim que, con ocasión de la reforma operada en el año 2015, ha venido a incorporarse al artículo 302 LECrim.

b) El derecho a un proceso público en materia penal (art. 24.2 CE, en consonancia con los arts. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, CEDH) es garantía del justiciable frente a una justicia secreta que escape a la fiscalización del público. Constituye también un medio para preservar la confianza de los ciudadanos en los tribunales, de forma que, al dotar a la administración de justicia de transparencia, contribuye a realizar los fines del derecho al proceso justo (STEDH de 8 de diciembre de 1983, asunto Axen y otros contra Alemania, § 25).

Este tribunal tiene dicho, no obstante, que el principio de publicidad respecto de terceros no es aplicable a todas las fases del proceso penal, sino tan solo al acto oral que lo culmina y al pronunciamiento de la subsiguiente sentencia (SSTC 176/1988, de 4 de octubre, FJ 2, y 174/2001, de 26 de julio, FJ 3, que acogen lo expuesto en la STEDH de 22 de febrero de 1984, asunto Sutter contra Suiza, y las SSTEDH de 8 de diciembre de 1983, asuntos Pretto y otros contra Italia, y Axen y otros contra Alemania).

c) Como expuso la STC 18/1999, de 22 de febrero, FJ 2, los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución solo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución imponga expresamente o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos (SSTC 11/1981, 2/1982 y 58/1998).

El secreto, como instrumento preordenado a asegurar el éxito de la investigación penal, ha de emplearse con cautela evitando todo exceso, tanto temporal como material, alejado de lo imprescindible (SSTC 100/2002, de 6 de mayo, FJ 4, y 18/1999, de 22 de febrero, FJ 4). La declaración de secreto ha de utilizarse de forma restrictiva, tras el correspondiente juicio de ponderación entre la búsqueda de la verdad, como muestra del valor justicia, y el sacrificio de otros intereses y derechos igualmente dignos de protección. Asimismo, debe evitar el instructor que el secreto constriña en tal modo los derechos fundamentales de los afectados por la medida que implique la omisión de las garantías legítimamente reconocidas (STC 18/1999, de 22 de febrero, FJ 4).

Aunque el tiempo de duración del secreto del sumario no es por sí solo dato determinante en orden a apreciar un resultado de indefensión (STC 176/1988, FJ 3), si esta suspensión temporal se convierte en una imposibilidad absoluta de conocimiento de lo actuado hasta el juicio oral, puede impedir que el investigado esté “en disposición de preparar su defensa de manera adecuada” (STEDH de 18 de marzo de 1997, asunto Foucher contra Francia). Por tanto, la decisión judicial de decretar secretas las actuaciones sumariales podrá incidir sobre el derecho de defensa del imputado cuando carezca de justificación razonable, no se dé al mismo posibilidad posterior de defenderse frente a las diligencias de prueba obtenidas en esta fase o,

por último, se retrase hasta el acto del juicio oral la puesta en conocimiento del imputado de lo actuado (SSTC 100/2002, de 6 de mayo, FJ 4, y 174/2001, de 26 de julio, FJ 3).

En el fundamento jurídico cuarto, el alto tribunal comienza recordando que la declaración de secreto de sumario no atribuye al instructor la facultad de omitir la tutela de los derechos fundamentales de los sujetos afectados: es simplemente un instrumento dirigido a asegurar el éxito de la investigación que debe emplearse con la necesaria cautela, evitando que se extienda más allá de lo imprescindible (STC 18/1999, de 22 de febrero, FJ 4). Conforme a este criterio, el secreto del sumario permite al juez no incluir cierta información en las resoluciones que dicte y que haya de notificar a las partes, pero no le autoriza a ocultarles sin más todos los fundamentos fácticos y jurídicos de aquellas (STC 18/1999, FJ 4). El instructor puede, por tanto, dictar un auto de prisión en el que haga escueta referencia a la concurrencia de los presupuestos fácticos (objetivos y subjetivos) y jurídicos que hacen necesaria la adopción de la medida cautelar, evitando consignar detalles o datos de hecho que puedan perjudicar la marcha de las investigaciones, pero que, por contra, permitan al afectado conocer las razones básicas que determinan su prisión, posibilitando en todo caso la impugnación del auto mediante el uso de la vía procesal adecuada.

En el caso examinado, fue suprimido de la versión que le fue notificada al demandante el fundamento jurídico de la resolución judicial que acordó su prisión provisional y que expresaba las fuentes de prueba de las que se desprendían los indicios de delito y aquellos riesgos que llevaron a adoptar dicha medida cautelar. No obstante, el Tribunal Constitucional advierte que aun cuando el recurrente interesase del alto tribunal que declarase la nulidad del auto por el que se acordó su prisión provisional (también la del que, en apelación, confirmó la medida cautelar), lo cierto es que no formuló queja autónoma alguna sobre el contenido de aquella notificación que suprimió parcialmente la expresión de los indicios que pesaban contra él, por aplicación del artículo 506.2 LECrim, sin reclamar tampoco su comunicación íntegra una vez alzado el secreto. No es, en suma, la información que entonces recibió la que, por insuficiente, justifica su petición de amparo. El núcleo de la lesión de derechos se sitúa en la demanda en un escenario procesal anterior: la com-

parecencia que precedió a la adopción de la medida cautelar, momento en el que el demandante cuestionó por medio de su letrado que, por razón del secreto sumarial (art. 302 LECrim), pudiera obstaculizarse todo acceso a los materiales del procedimiento, impidiendo así que adquiriera conocimiento de lo esencial para impugnar la privación de libertad interesada por el Ministerio Fiscal [art. 520.2 d) LECrim].

En resolución objeto de comentario (FJ, 5), se insiste en que el artículo 7 de la Directiva 2012/13/UE contempla, en su apartado cuarto, la posibilidad de que el acceso al expediente penal sea judicialmente denegado en determinados supuestos, siempre que no se perjudique con ello la equidad exigible de cada fase procesal: así, en caso de amenaza grave para la vida o los derechos fundamentales de otra persona; también cuando la denegación resulte estrictamente necesaria para defender un interés público significativo, citando en tal sentido el riesgo de perjudicar una investigación en curso o bien de menoscabar gravemente la seguridad nacional del Estado en el que se desarrolla el proceso penal. Exigiéndose, en cualquier caso, que estas limitaciones se interpreten de forma restrictiva a la luz de la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a un juicio equitativo (art. 6 CEDH).

El Tribunal Constitucional señala que la trasposición al ordenamiento jurídico interno de la Directiva 2012/13/UE y de las leyes orgánicas 5/2015, de 27 de abril, y 13/2015, de 5 de octubre, originó la nueva redacción de algunos de los derechos que asisten al investigado (art. 118 LECrim) y al detenido o preso (art. 520.2 LECrim). Así, en relación con el primero se recuerda el derecho del investigado a ser informado de los hechos que se le atribuyan, así como de cualquier cambio relevante en los mismos o en el cuerpo de la investigación, con el grado de detalle suficiente como para permitir un efectivo ejercicio del derecho de defensa [art. 118.1 a) LECrim], debiendo acomodar el lenguaje en que se facilita esta información a la edad, grado de madurez, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal del interesado (arts. 5 y 6 CEDH). Junto a él, aparece el derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa al que alude la directiva, que en todo caso tendrá que poder ejercitarse con anterioridad a que se le tome declaración [art. 118.1 b) LECrim].

Asimismo, se subraya que, del catálogo de derechos que se reconoce al detenido o privado de libertad, deben destacarse especialmente dos: el derecho a ser informado del procedimiento por medio del cual puede impugnar la legalidad de su detención, y el derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad [art. 520.2 d) LECrim]; facultad esta última que actúa como garantía instrumental tanto del derecho a la información como de la efectividad de la asistencia letrada obligatoria con que todo detenido ha de contar y que, según expresa el preámbulo de la ley orgánica, limita su alcance:

... por exigencia de la normativa europea, a aquellos elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad” con el fin de “proporcionar, con anterioridad a la interposición del recurso, únicamente aquella información que sea fundamental para que sea posible valorar la legalidad de la detención o privación de libertad. (Apartado IV)

El Tribunal Constitucional recuerda que ya la STC 21/2018, de 5 de marzo (FJ 7), destacó el carácter complementario e instrumental que necesariamente ostenta el derecho a acceder a los elementos de las actuaciones esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad [art. 520.2 d) LECrim] respecto del derecho a recibir información sobre las razones de la misma (art. 520.2 LECrim, inciso 1). Con carácter general, su finalidad consiste en otorgar la posibilidad de contrastar objetivamente la veracidad y consistencia de la información recibida para, en caso de desacuerdo, cuestionarla fundamentadamente ante la autoridad judicial. Solo si el detenido, debidamente asesorado, recibe información suficiente sobre los motivos por los que ha sido privado de libertad estará en condiciones de contrastar su veracidad y suficiencia, solicitando para ello acceder a aquella parte del expediente que recoja o documente las razones aducidas. La determinación de cuáles sean dichos elementos será necesariamente casuística, dependiendo de las circunstancias que hayan justificado la situación de privación de libertad.

Dicho lo anterior, el pleno disfrute de estos derechos puede verse comprometido en su concurrencia

con la declaración de secreto sumarial. Así lo reconoce la Directiva 2012/13/UE cuando justifica la exclusión judicial del derecho de acceso al expediente en caso de riesgo cierto de verse perjudicada la investigación penal en curso, entre otros motivos. Así se desprende también del artículo 302 LECrim al reconocer que, en su perspectiva general, el acceso al expediente puede quedar temporalmente en suspenso si, para garantizar el resultado de la investigación o evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona, el juez de instrucción declara, total o parcialmente, secretas las actuaciones. El legislador nacional ha adicionado, no obstante, una singularidad respecto del investigado que se encuentra privado de libertad, de manera que el secreto sumarial se entenderá “sin perjuicio de lo previsto en el párrafo segundo del apartado tercero del artículo 505” (art. 302 *in fine* LECrim), con arreglo al cual “el abogado del imputado tendrá, en todo caso, acceso a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la privación de libertad del investigado o encausado” (art. 505.3 LECrim).

En la sentencia se hace especial hincapié en que el trámite de audiencia vinculado a la adopción sobre el investigado de la medida cautelar de prisión provisional o bien de libertad provisional bajo fianza (art. 505 LECrim) no es una formalidad irrelevante, “dado que en dicha audiencia es posible debatir tanto la concurrencia o no de las circunstancias determinantes para acordar la libertad o la continuación de la prisión provisional, como la eventual modificación de las inicialmente apreciadas” (SSTC 22/2004, de 23 de febrero, FJ 3, y 28/2001, de 29 de enero, FJ 6). De hecho, al perfilar el contenido de esta comparecencia en la que el Ministerio Fiscal u otra acusación pueden solicitar aquellas medidas cautelares personales, el artículo 505 LECrim indica que “podrán quienes concurrieren realizar alegaciones y proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o dentro de las setenta y dos horas antes indicadas en el apartado anterior” (apartado tercero). En su actual redacción, reconoce también al abogado del investigado la posibilidad de acceder “en todo caso” a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la privación de libertad de su defendido. Para el demandante, este último inciso invalida constitucionalmente cualquier decisión judicial que, con sustento en el secreto su-

marial (art. 302 LECrim), cercene las posibilidades del justiciable de acceder al expediente con la finalidad de impugnar su privación de libertad.

A la vista de lo expuesto con anterioridad, el alto tribunal realiza una serie de consideraciones que pasamos a enumerar seguidamente (FJ, 6):

- 1) Con carácter general, corresponde al juez instructor velar por que el detenido, una vez que se encuentra a su disposición (art. 17.2 CE), sea debidamente informado de sus derechos y garantías procesales (art. 17.3 CE; arts. 118 y 520 LECrim), procurando que esa información se le facilite por escrito de forma inmediata y, en todo caso, con anterioridad a alguno de los momentos en los que pueda verse comprometida la efectividad de su derecho de defensa. Particularmente destacables son los momentos de recibirle declaración y de decidir sobre su situación personal. Deberá asegurarse también el instructor de la adecuada comprensión por el justiciable puesto bajo su custodia del elenco de derechos que le asisten *ex art.* 520 LECrim, de los que se le entregará además copia escrita. Mientras que el derecho a ser informado sobre los hechos investigados y sobre las razones que han llevado al detenido a presencia judicial debe ser promovido directamente por el instructor, proporcionando de oficio al investigado y a su defensa cuantos detalles fácticos y jurídicos sean necesarios por expresivos en tal sentido (art. 520.2 LECrim, inciso 1), los restantes derechos enumerados en el artículo 520.2 LECrim y, entre ellos, el acceso a los materiales del expediente relacionados con su privación de libertad que resulten esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad [art. 520.2 d) LECrim] requieren, en cambio, de la rogación por el interesado, quien después de informado del derecho que le asiste en tal sentido habrá de exteriorizar su voluntad de hacer uso del derecho o derechos de que se trate.
- 2) El supuesto planteado en este amparo afecta al derecho reconocido en el artículo 520.2 d) LECrim. La conexión entre el derecho a conocer las razones de la privación de libertad y el de acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnarla explica

en gran medida el contenido de esta segunda garantía, puesto que a partir de la información recibida, y para contrastar su veracidad y suficiencia, el privado de libertad puede solicitar acceso a aquello que recoja o documente las razones aducidas (STC 21/2018, 5 de marzo, FJ 7), activando con ello su derecho. En supuestos como el de autos, a la declaración del investigado sigue la convocatoria por el juez instructor de la comparecencia prevista en el artículo 505 LECrim, en la que las partes acusadoras podrán interesar que el instructor decrete la prisión provisional del investigado o encausado, o bien su puesta en libertad previa prestación de fianza. Al respecto, el Tribunal Constitucional se reserva.

... la facultad de revisar si la adopción judicial de la medida de prisión provisional se ha sujetado a los criterios legales que garantizan el derecho de defensa y no sufrir indefensión del sujeto sobre el que se aplica la medida cautelar en relación, estrictamente, con la adopción de esa medida. [STC 29/2019, de 28 de febrero, FJ 3 e)]

Siendo asimismo garante de que “el procedimiento de adopción o confirmación de la prisión provisional, se ajuste a las exigencias constitucionales de preservación del derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el art. 17 CE” [STC 29/2019, FJ 3 e)].

El sentido constitucional de los derechos recogidos en el artículo 17.1 CE, en relación con el artículo 24.1 CE, lleva a interpretar que, desde el momento en que el órgano judicial haya informado de que se va a celebrar esta comparecencia, estará habilitado el investigado para expresar, por sí o a través de su abogado, su voluntad de acceder al expediente con la finalidad de tomar conocimiento de lo necesario para rebatir la procedencia de las medidas cautelares privativas de libertad que puedan interesar las acusaciones. Dado que es precisamente esta su finalidad, el uso del derecho que le asiste no podrá posponerse más allá del momento en que, durante la propia comparecencia, una vez expuestas sus alegaciones por las acusaciones, llegue el turno de intervención de la defensa

del interesado. Y ello porque ha de ser con anterioridad a que el órgano judicial adopte una decisión sobre la libertad del investigado cuando este, potencialmente afectado por la medida cautelar que vaya a interesarse, tenga la oportunidad de requerir, por sí o a través de su representante en el proceso, ese acceso al expediente que le permita disponer de aquellos datos que, como consecuencia de las diligencias practicadas, puedan atraer una valoración judicial última de pertinencia de la medida cautelar privativa de libertad que se solicite, conforme a los fines que la justifican.

Mostrada por el justiciable o por su defensa la voluntad de hacer uso del derecho reconocido en el artículo 520.2 d) LECrim, compete al órgano judicial darle efectividad del modo más inmediato y efectivo posible, interrumpiendo, si fuere preciso, la comparecencia ya iniciada, sin perjuicio de su reiteración en fase posterior.

- 3) Cuando los derechos de información y de acceso al expediente con fines de impugnar la privación de libertad se promueven, al tiempo de la comparecencia, en el seno de una causa declarada total o parcialmente secreta (art. 302 LECrim), confluyen entonces el interés de defensa vinculada a la libertad personal (art. 17.1 CE) y el interés en no perjudicar los fines con relevancia constitucional de los que es tributario el secreto, consecuencia de la interpretación de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), debiendo conciliar ambos. No hay duda de que el secreto sumarial incide, siquiera temporalmente, en las capacidades de defensa del investigado, limitando sus posibilidades de conocer e intervenir en el desarrollo de la investigación penal. El sacrificio del pleno disfrute por el justiciable de sus derechos y garantías que ello implica no exime, sin embargo, de la obligación de informarle debidamente sobre los hechos que se le imputan y sobre las razones motivadoras de su privación de libertad. Tampoco puede privarle, en términos absolutos, de su derecho de acceder a las actuaciones para cuestionar e impugnar la legalidad de la privación de libertad, cercenando con ello toda posibilidad de defensa frente a la medida cautelar.

Del otro lado, los fines a los que legal y constitucionalmente sirve el secreto sumarial no pueden desvanecerse como consecuencia del ejercicio efectivo de los indicados derechos del justiciable, pues en tal caso el secreto perdería su razón de ser. Así se desprende de la doctrina constitucional (entre muchas, SSTC 176/1988, de 4 de octubre, FJ 2, y 18/1999, de 22 de febrero, FJ 4), y así se infiere también de la Directiva 2012/13/UE cuando admite que el acceso al expediente penal pueda ser denegado ante el riesgo de perjudicar una investigación en curso (art. 7.4), siempre, eso sí, desde una interpretación restrictiva de esta limitación y respetuosa con el principio de equidad. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene apreciando que, de conformidad con el artículo 6 CEDH, resulta necesario proporcionar un grado de acceso al expediente que permita al interesado disfrutar de una efectiva oportunidad de conocer en lo esencial los elementos en que se sustenta su privación de libertad, sin perjuicio de lo cual está justificada la denegación del acceso al expediente penal en determinados casos, como cuando estamos ante una investigación compleja que afecta a la actividad criminal de un conjunto de individuos o bien cuando incluye determinados documentos, como sucede con los clasificados. En cualquier caso, el eficiente desarrollo de la investigación, siendo un objetivo legítimo, no puede conseguirse a expensas de restricciones sustanciales de los derechos de la defensa que se dilaten en el tiempo mientras el investigado permanece en situación de prisión provisional: en estos supuestos, caso de solicitarlo el interesado, deberá ponderarse aquello que resulte necesario para poder ejercer una defensa eficaz frente a la privación de libertad (STEDH de 18 de septiembre de 2012, asunto *Dochnal contra Polonia*, § § 87 y 88). *La expresión “en todo caso”, incorporada al artículo 505.3 LECrim para referirse a esta situación, no comporta, en su entendimiento constitucional, una suerte de alzamiento del secreto sumarial que abra ilimitadamente la causa o alguna de sus piezas, declaradas secretas, al conocimiento de las partes en situación, efectiva o potencial, de privación de libertad,*

*a resultas de lo que suceda en la comparecencia del artículo 505 LECrim.* Muy al contrario, subordina la toma de conocimiento de lo actuado a lo estrictamente necesario en orden a comprobar la regularidad de la medida privativa de libertad, debiendo facilitarse tan solo lo imprescindible para, dado el caso, cuestionar su pertinencia y promover su impugnación. Así pues, el secreto sumarial habrá de convivir en estos casos con una accesibilidad al sumario que constriña el nivel de conocimiento por el investigado del resultado de la investigación a aquello que resulte esencial —en el sentido de sustancial, fundamental o elemental— para un adecuado ejercicio de su defensa frente a la privación de libertad, siempre previa solicitud expresa por su parte en tal sentido.

- 4) Determinados por el instructor los elementos fundamentales del caso en clave de privación de libertad, *la efectividad de la garantía requiere que la información se suministre al interesado por el mecanismo que resulte más idóneo, a criterio del órgano judicial: extracto de materiales que obren en las actuaciones, exhibición de documentos u otras fuentes de prueba, entrega de copias o de cualquier otro soporte o formato*, siempre que garantice el ajuste con los datos obrantes en el expediente y permita un adecuado uso en términos de defensa (STC 21/2018, de 5 de marzo, FJ 6). *No basta, por tanto, con la información que verbal y genéricamente pueda proporcionarse en tal sentido.*

La idoneidad de la decisión judicial de entrega de datos y materiales en ejercicio de estos derechos será, en cualquier caso, susceptible de supervisión a través del régimen de recursos legalmente establecido. Corresponde al órgano judicial que conozca del recurso revisar la ponderación efectuada por el instructor de la adecuación de los materiales facilitados a los fines y derechos concernidos, lo que valorará a la luz de las específicas circunstancias del caso, atendiendo a la naturaleza de los datos y documentos puestos a disposición del interesado y a su importancia en relación con las circunstancias que propiciaron la privación de libertad (STEDH de 25 de junio de 2002, asunto *Migoñ contra Polonia*, § 81), sin olvidar los propósitos del

secreto decretado en el caso, igualmente dignos de atención.

- 5) Es significativo el periodo durante el cual el investigado, privado de libertad, haya estado a su vez privado de acceso íntegro al procedimiento (SSTEDH de 25 de junio de 2002, asunto *Migoń contra Polonia*, § 81, y de 18 de septiembre de 2012, asunto *Dochnal contra Polonia*, § § 87 y 88). Y ello porque la prolongación en el tiempo del secreto no puede constreñir indefinidamente un ejercicio del derecho de defensa que llegue a abarcar la totalidad del sumario, desautorizándose constitucionalmente todo proceso penal que, como consecuencia de la declaración judicial de secreto, se gaste a espaldas del investigado y recorte así sus derechos y garantías en el proceso (art. 24.2 CE). El factor tiempo juega, por sí mismo, un papel altamente relevante en toda causa declarada secreta. Al restringir las posibilidades de conocimiento íntegro de lo investigado y, por tanto, de defensa, la declaración de una causa como secreta siempre habrá de extenderse en el tiempo el mínimo indispensable para lograr sus fines, debiendo cesar de forma inmediata en caso de lograrse aquellos; subsidiariamente, y aun cuando no se hayan obtenido, decaerá en el momento en que expire el plazo específicamente conferido por la resolución judicial, que nunca podrá sobrepasar los máximos legalmente previstos, con inclusión, dado el caso, de sus prórrogas.

El transcurso del tiempo provoca, pues, efectos tanto en la privación provisional o preventiva de libertad como en la declaración sumarial de secreto, operando como indudable factor a ponderar en su convivencia con el interés del investigado en conocer el contenido íntegro de las actuaciones, de modo que, a medida que avance el periodo de investigación los intereses del investigado, irán sobreponiéndose al interés en el mantenimiento del secreto.

Por todo ello, si la virtualidad del secreto puede operar como valor preponderante en los comienzos de la investigación en la que se decreta, bien por ponderación de los intereses en presencia (arts. 301 y 302 LECrim), bien por mandato legal y sin necesidad de expresa declaración en el caso de adoptarse medidas

de investigación tecnológica [art. 588 *bis* d) LECrim], pudiendo provocar incluso que el derecho de defensa del investigado sobre el que se ejecuta una medida cautelar personal privativa de libertad tropiece con parcelas de investigación desconocidas, no es menos cierto que el paso del tiempo debilita aquel interés que puede predominar en un principio.

En la analizada resolución, el Tribunal Constitucional acaba concluyendo que el demandante no cuestiona el contexto bajo el que discurrió su detención policial, como tampoco las circunstancias en las que, una vez bajo custodia judicial (art. 17.2 CE), se le tomó declaración como investigado. Fue con ocasión de la comparecencia en la que el Ministerio Fiscal interesó la transformación de la situación de detención en prisión provisional (art. 505 LECrim) cuando por primera vez expresó, a través de su defensa, la voluntad de ejercitar el derecho a acceder a lo esencial en las actuaciones para defenderse de la privación de libertad interesada por esta acusación. A ello anuda su petición de amparo, lamentando que el juez instructor no atendiera su petición, habiéndole anunciado con anterioridad que la causa se encontraba bajo secreto y que el grado de información que recibiría sería limitado. Ello supuso que solo desde los detalles proporcionados en sede policial y judicial, que estima escasos e insuficientes en términos de defensa frente a la medida cautelar, pudiera contradecir los argumentos de la fiscal, ya que no se le procuró acceso alguno, aun limitado, a las actuaciones.

De forma que, a juicio del alto tribunal:

... debe entenderse lesionado el derecho del demandante a recibir en aquel momento conocimiento de lo esencial en las actuaciones para impugnar la medida cautelar de prisión provisional que instantes antes había interesado el ministerio fiscal, pues no se le dio acceso alguno a aquellos materiales de la investigación desde los cuales, y sin perjuicio del respeto debido al secreto sumarial, poder rebatir los argumentos expuestos de contrario (arts. 17.1 y 24.1 CE). Con independencia de que, en momentos previos a la comparecencia del art. 505 LECrim, el demandante se hubiera conformado con la información recibida en ambas instancias, policial y judicial, no mostrando entonces interés en ejercitar, por sí o a través de su letrado, su derecho de acceder al expediente con el fin de defenderse frente a la situación de detención, tal derecho debe entenderse positivamente solicitado

al tiempo de postularse frente a él una medida cautelar personal más gravosa, como es la prisión provisional. El demandante promovió este derecho en dicha audiencia, en el turno de respuesta frente a las alegaciones vertidas de contrario por la acusación pública. Fue en aquel momento cuando el abogado que venía asistiéndole a lo largo de la detención expuso su discrepancia con la decisión del instructor de no facilitar acceso alguno al expediente, faltándole así un conocimiento más preciso de los detalles de la investigación que le permitiera abogar en pro de la libertad provisional de su patrocinado o bien de otras medidas cautelares menos injerentes que la solicitada por la fiscal. (FJ 7)

En definitiva, el Tribunal Constitucional aprecia la vulneración de los derechos del demandante previstos en los artículos 17.1 y 24.1 CE.

### 2.3. Efectos (art. 55.1 LORC).

Tanto el demandante como el fiscal interesaron que se declarase la nulidad de las resoluciones judiciales concernidas.

El tribunal destaca en la referida sentencia que la situación de indefensión se ciñe al hecho mismo de haberse impedido *a limine* todo contacto —directo o indirecto— del demandante con el expediente procesal, de modo tal que pudiera adquirir conocimiento de lo que, obrando en las actuaciones, resultara esencial para poder impugnar su privación de libertad. No alcanza, en cambio, al contenido de la resolución judicial que decidió sobre su situación personal, pues hay en ella razones bastantes de la adopción de la medida cautelar privativa de libertad; pero la lesión se produce porque no dispusiera el detenido, como tampoco su abogado, de datos resultantes del expediente que, sin perturbar el secreto de sumario, le permitieran conocer lo esencial para cuestionar los fundamentos de la medida cautelar solicitada por la acusación pública en la comparecencia que precedió a la decisión judicial que convirtió la detención en prisión preventiva. El auto del juez instructor, recurrido en este amparo, debe ser, por tanto, anulado no por defectos ínsitos a la propia resolución judicial que acuerda la prisión provisional, cuya solvencia argumentativa no se discute, sino como consecuencia de la lesión de las garantías inherentes al proceso que le precede y la nulidad afecta al auto por el que la Audiencia Provin-

cial resolvió en apelación el recurso del demandante, confirmando la decisión anterior.

Recalca asimismo el alto tribunal que, en todo caso, las consecuencias de la lesión deben entenderse superadas por acontecimientos procesales posteriores, de los que se ha dejado constancia en los antecedentes de esta resolución. De forma que el acceso integral al expediente penal sobrevenido como consecuencia del alzamiento del secreto, junto con la puesta en libertad del demandante, determinan que el amparo que en este momento se otorga quede constreñido al reconocimiento de la vulneración de los indicados derechos fundamentales en el seno de la comparecencia del artículo 505 LECrim. En consecuencia, alzado el secreto de las actuaciones y puesto en libertad el demandante tras presentarse la demanda de amparo que examinamos, cabe entender ineficaz cualquier reparación que, más allá del reconocimiento formal de aquellos derechos, pudiera ahora reconocerse. Ello, como subraya la jurisprudencia de este Tribunal (por todas, la STC 167/2005, de 20 de junio), al no considerarse la pérdida sobrevenida de objeto, pues nuestro enjuiciamiento se concreta al momento temporal de formulación de la demanda de amparo, atendiendo a las circunstancias concurrentes en esa ocasión a efectos de dilucidar si existió vulneración de los derechos fundamentales invocados.

En definitiva, en el presente caso el otorgamiento del amparo no tuvo más efectos en el proceso de instancia que los meramente declarativos. En supuestos similares (por todas, STC 92/2018, de 17 de septiembre), el Tribunal Constitucional ha venido entendiendo que un pronunciamiento como el que aquí se ha examinado constituye en sí mismo la reparación del derecho fundamental invocado, sin que su carácter declarativo le prive de su efecto reparador.

Con todo, coincidimos con Núñez de Lastra en que:

... no se puede admitir que la citada resolución carezca de efectos aunque el mismo, con el retraso en su resolución y el paso del tiempo que determina el avance del procedimiento, vacíen de contenido la citada resolución. Tiene y debería desplegar efectos procesales, porque si el Alto Tribunal considera que se han vulnerado derechos fundamentales durante la tramitación de un procedimiento, éste no puede limitarse a ser una declaración de efectos simbólicos puesto que se están amparando la



vulneración de derechos en un momento procesal que resulta insubsanable con el paso del tiempo. Aunque se alce el secreto de las actuaciones con posterioridad y antes de la resolución de la demanda de amparo, lo cierto es que en el procedimiento judicial en cuestión se han adoptado diversas resoluciones judiciales sin el respeto y observancia a los derechos fundamentales, concretamente en el procedimiento analizado, se ha acordado enviar a un ciudadano a prisión provisional sin conocer éste cual eran los hechos que se le imputaban ni poder ejercer sus a la defensa con todas las garantías.<sup>14</sup>

Así pues:

... en el presente caso se debió declarar nulo el Auto que acordó la prisión provisional del demandante de amparo por vulneración de derechos fundamentales al no haber sido informado previamente de los elementos esenciales de su detención y del procedimiento para el correcto ejercicio del derecho de defensa en toda su amplitud. Además, esa nulidad debió ser considerada como una anomalía de suficiente entidad como para poder solicitar una compensación económica y no sólo un reconocimiento teórico, vacío de efectos, puesto que el que ha visto vulnerado sus derechos durante la tramitación de un procedimiento que no ha reunido las garantías esenciales que marca la Ley y la Jurisprudencia, debería ver colmada su necesidad de amparo con un pronunciamiento judicial revisor en tal sentido que despliegue efectos anulatorios de las resoluciones judiciales vulneradoras del procedimiento, así como la posibilidad de poder interesar una indemnización al Estado por el mal funcionamiento de la Administración de Justicia que no veló como debiera, los derechos fundamentales del justiciable.<sup>15</sup>

### 3. Consolidación de la doctrina del tribunal constitucional

La posición establecida en la STC 83/2019, de 17 de junio, ha sido confirmada íntegramente por resoluciones posteriores. Así, por ejemplo, las SSTC 94/2019 y 95/2019, de 15 de julio, han reiterado (literalmente)

<sup>14</sup> Díez de Lastra Martínez, S. N.: “La incidencia del secreto de las actuaciones y la adopción de la medida cautelar de prisión provisional en el derecho de defensa”, *Diario La Ley*, 9541, 2019, pp. 7-8.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 8.

los argumentos empleados (y analizados más arriba) por aquella.

Asimismo, dicha postura ha sido ratificada más recientemente por otros dos importantes pronunciamientos jurisprudenciales del alto tribunal. De un lado, la STC 180/2020, de 14 de diciembre. Y, de otro lado, la STC 80/2021, de 19 de abril. A continuación, llevaremos a cabo un breve análisis de ambas.

#### 3.1. La STC 180/2020, de 14 de diciembre

De la STC 180/2020, de 14 de diciembre, cabría destacar tres aspectos importantes.

En primer lugar, el relativo a la configuración del derecho de información y del derecho de acceso a las actuaciones. Derecho de información como presupuesto.

El tribunal entiende en el fundamento jurídico tercero de la citada sentencia que el derecho de información comprende la comunicación a la persona detenida o presa:

... por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, en una lengua que comprenda y de forma inmediata, de los hechos que se le atribuyan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten. (art. 520.2 LECrim)

Entre dichos derechos se cuenta el derecho “a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad” [art. 520.2 d) LECrim]. Los pronunciamientos ya citados sobre el derecho de información cuando está en juego (siquiera potencialmente) la libertad (SSTC 21/2018 y 83/2019) arrojan la siguiente configuración:

- a) La información debe proporcionarse (i) por escrito, sin que baste una información verbal, forma que evita debates sobre el momento y contenido de la misma y favorece el control de su consistencia y suficiencia [SSTC 21/2018, FJ 6 a), y 83/2019, FJ 6 a)]; (ii) de forma inmediata, lo que, más allá del dato temporal, significa que se debe facilitar con anterioridad a alguno de los momentos en los que pueda verse comprometida la efectividad del derecho de defensa del privado de libertad, donde destacan el momento

de recibirle declaración cuando se trata de una detención y, en todo caso, el de decidir sobre la situación personal [SSTC 21/2018, FJ 6 b), y 83/2019, FJ 6 a)], y (iii) de oficio [STC 83/219, FJ 6 a)].

- b) La información que debe ser facilitada a la persona detenida o presa solo es suficiente si tiene un triple contenido: se ha de extender a los hechos atribuidos, a las razones motivadoras de la privación de libertad y a los derechos que le asisten. La concreción de ese contenido atiende a la finalidad tuitiva de permitir la defensa frente a la medida cautelar y asegurar la legalidad de la privación de libertad, esto es, que se ha producido conforme a los casos y modos fijados en la previsión legislativa que habilite la privación en cuestión. Solo si el investigado, debidamente asesorado, recibe información suficiente sobre los motivos por los que ha sido privado o puede ser privado de libertad, estará en condiciones de contrastar su veracidad y suficiencia mediante el acceso a las actuaciones que sostengan las razones aducidas y, si así lo estima, impugnar la legalidad de la medida cautelar (SSTC 21/2018, FJ 6, y 83/2019, FJ 5). Hay que insistir en que ambos aspectos del derecho de información en sentido amplio, comunicación y acceso, resultan funcionalmente indisolubles.

- i. Si se trata de un detenido por su supuesta participación en la comisión de un delito, la causa legal que justifica la detención se recoge en el artículo 492.4 LECrim y “el control de la adecuación a la ley de la detención gubernativa permite cuestionar tanto la existencia y suficiencia de los indicios en que se ha apoyado (los motivos de la detención), como su necesidad en el caso concreto” (STC 21/2018, FJ 5). En buena lógica:

La información que la policía debe facilitar al detenido se extiende, por tanto, a los motivos jurídicos y fácticos de la detención; es decir, no sólo debe identificar y calificar provisionalmente la infracción penal que se sospecha ha cometido la persona detenida, sino también los datos objetivos que permiten establecer una conexión lógica entre la conducta del sospechoso y el hecho investi-

gado. No es suficiente, por tanto, con hacer referencia al hecho investigado, su lugar y fecha de comisión y su calificación jurídica provisional, sino que la información policial ha de poner también de manifiesto el fundamento de la conexión subjetiva y objetiva del detenido con el hecho ilícito que justifica la detención [con] obligada referencia policial a las fuentes de prueba que permiten afirmar la concurrencia de los indicios que relacionan al sospechoso con el hecho investigado (documentos, informes periciales, actas que describan el resultado de un registro, de una inspección ocular o de la recogida de vestigios, y, si procede, fotografías, y grabaciones de sonido o vídeo, u otras similares). [SSTC 21/2018, FJ 6 c)]

- ii. En el caso de la prisión provisional, la información será asimismo la precisa para el ejercicio efectivo del derecho de defensa, la que permita un “conocimiento de lo necesario para cuestionar las razones que habrían de justificar la medida cautelar” (STC 83/2019, FJ 7), pudiendo rebatirse los fundamentos de la medida cautelar solicitada por la acusación pública en la comparecencia (FJ 8). La prisión provisional solo puede ser decretada cuando concurren los requisitos fijados en el artículo 503.1 LECrim, que a su vez recoge las exigencias constitucionales al respecto: la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva como presupuesto y la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida como objetivo (por todas, STC 128/1995, de 26 de julio, FJ 3). El control de su cumplimiento y, con ello, de la legalidad de la medida cautelar personal presupone el conocimiento de qué hechos con apariencia de qué delito se investigan y cuál es la conexión del investigado con esos hechos que permite creerle responsable de los mismos, además de los elementos de los que quepa inferir los fines constitucionales de aseguramiento que la justifican, sea evitar el riesgo de fuga, el de obstrucción en la instrucción o el de reiteración delictiva [SSTC 29 y 30/2019, FJ 3 b) y c)]. Será preciso, en

buena lógica, informar sobre los indicios de comisión del delito por parte del investigado capaces de sustentar la prisión provisional en el momento procesal de que se trate y la procedencia objetiva de tales indicios, lo que implica una referencia a las fuentes de prueba.

En segundo lugar, la configuración del derecho de información y del derecho de acceso a las actuaciones. Derecho de acceso como garantía instrumental.

En el fundamento jurídico cuarto, el tribunal establece que el derecho de acceso a los materiales de las actuaciones esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad que se reconoce en los artículos 520.2 d) y 505.3 LECrim es el complemento inescindible del derecho a la información al que sirve como garantía instrumental.

Con carácter general, su finalidad consiste en otorgar la posibilidad de contrastar objetivamente la veracidad y consistencia de la información recibida para, en caso de desacuerdo, cuestionarla fundadamente ante la autoridad judicial [...], solicitando para ello acceder a aquella parte del expediente que recoja o documente las razones aducidas. (STC 83/2019, FJ 5, con remisión a la STC 21/2018, FJ 7)

Desde ese punto de partida, el fundamento jurídico 7 de la STC 21/2018 esboza un primer diseño constitucional de este específico derecho de acceso, que identifica el momento y la forma de ejercerlo y su contenido, en el que se avanza en el fundamento jurídico 6 de la STC 83/2019 respecto a la prisión provisional:

a) Habida cuenta de su carácter instrumental respecto al derecho de información, el momento lógico del acceso será posterior a su suministro o disponibilidad, para proporcionar aquello que recoja o documente las razones fácticas y jurídicas de la privación de libertad sin perjuicio de que el investigado o encausado pueda instar su derecho con anterioridad o al margen de esa información en aras del fin último de estar en posición de evaluar la legalidad de la medida privativa de libertad. Sí es inescindible de la funcionalidad del derecho, dada la finalidad de hacer posible una defensa efectiva frente a la

privación de libertad, que el acceso sea previo a los momentos decisivos para ese derecho.

En el caso de la detención ese momento se sitúa “antes de ser interrogado policialmente por primera vez”, de modo que el detenido pueda “decidir fundadamente su conducta procesal durante el interrogatorio, así como tomar la decisión de impugnar la legalidad de su privación de libertad cuando no comparta la causa que la motivó o la forma en que se está desarrollando” [STC 21/2018, FJ 7 b)]. Algo diferente se plantea la cuestión en supuestos de prisión provisional, donde la finalidad de garantizar la efectividad de la defensa lleva a anticipar el acceso a un punto temporal previo a la privación cierta de libertad. El acceso se localiza en el intervalo entre el conocimiento de que se va a celebrar la comparecencia para decidir sobre la situación personal (art. 505 LECrim) y el turno para alegar en la comparecencia convocada, para lograr así “tomar conocimiento de lo necesario para rebatir la procedencia de las medidas cautelares privativas de libertad que puedan interesar las acusaciones” antes de que el órgano judicial adopte una decisión. De este modo se da oportunidad al investigado potencialmente afectado de tener:

... acceso al expediente que le permita disponer de aquellos datos que, como consecuencia de las diligencias practicadas, puedan atraer una valoración judicial última de pertinencia de la medida cautelar privativa de libertad que se solicite, conforme a los fines que la justifican. [STC 83/2019, FJ 6 b)]

b) A diferencia del derecho de información, la garantía de acceso no opera de oficio, sino que requiere la rogación por el interesado. Una vez mostrada la voluntad de hacer uso del derecho, el acceso debe producirse de la forma más efectiva e inmediata posible, interrumpiéndose incluso la comparecencia del artículo 505 LECrim ya iniciada, mediante exhibición, entrega de copia o cualquier otro método que, garantizando la integridad de las actuaciones, permita al detenido o investigado un adecuado uso en términos de defensa [SSTC 21/2018, FJ 7 b), y 83/2019, FJ 6 b) y d)].

c) En lo que atañe al objeto del acceso, la conexión entre del derecho a la información y el derecho al acceso determina una influencia recíproca en la fijación de su contenido, siempre atento a su papel de garantías del derecho de defensa en los incidentes cautelares atinentes a la libertad. El material de que se disponga en cada caso ha de suministrar los fundamentos para acordar una medida cautelar privativa de libertad. Solo el informado sobre las razones de la (eventual) privación de libertad puede conocer qué actuaciones son relevantes e instar justificadamente el acceso al material que sustenta esas razones y que, por ello, es esencial para impugnarla. Esta garantía integrada de la libertad personal de información-acceso no otorga un derecho de acceso pleno al contenido de las actuaciones, policiales o judiciales, sino que, como expresan los artículos 505.3, 520.2 d) y 527 LECrim, se circunscribe a los elementos esenciales para impugnar la legalidad de la privación de libertad [STC 21/2018, FJ 8, y 83/2019, FJ 6 c)]. Esto es, las fundamentales o necesarias para cuestionar si la privación cautelar penal de libertad se ha producido en uno de los casos previstos en la ley y en la forma prevista en la ley. La determinación de cuáles sean dichos elementos es necesariamente casuística, pues depende de las circunstancias que han justificado la privación de libertad (SSTC 21/2018, FJ 7, y 83/2019, FJ 5). A modo de ejemplo, hemos señalado como posibles elementos esenciales en el caso de la detención policial:

... la propia denuncia de los hechos, cuando incorpora imputaciones de parte que incriminan al detenido; o la documentación de testimonios incriminatorios, así como el contenido de los informes periciales científicos que establezcan un vínculo de conexión entre el hecho investigado y el detenido; asimismo lo pueden ser los documentos, fotografías y grabaciones de sonido o vídeo que objetivamente relacionen al sospechoso con la infracción penal, e igualmente las actas que recojan el resultado del registro de un inmueble u otro tipo de bienes (STC 13/2017, de 30 de enero, FJ 7), las de una inspección

ocular, las que constatan la recogida de vestigios o las que describan el resultado de un reconocimiento practicado a prevención por la policía para la averiguación del delito. Lo son también, en definitiva, todas aquellas actuaciones documentadas que guarden identidad de razón con las ya expuestas. [STC 21/2018, FJ 7 c)]

La decisión sobre el carácter fundamental de un determinado elemento en clave de privación de libertad o sobre la forma de acceso corresponderá a los agentes policiales en supuestos de detención y al juez de instrucción si se trata de prisión provisional. En caso de discrepancia, el detenido puede activar la garantía del habeas corpus para que la autoridad judicial dirima la controversia [STC 21/2018, FJ 7 b)]. Asimismo, la idoneidad de la decisión judicial del instructor de entrega de datos y materiales es susceptible de supervisión a través del régimen de recursos legalmente establecido [STC 83/2019, FJ 6 d)].

En tercer lugar, el tribunal aborda en su fundamento jurídico quinto las garantías estructurales de procedimiento en los incidentes relativos a prisión provisional: contradicción e igualdad de armas.

En el presente caso el recurrente sostiene que las exigencias procedimentales que impone el derecho de defensa cuando se trata de la libertad se han visto asimismo desconocidas. Se queja, al hilo del déficit de información y acceso, de la imposibilidad de efectiva contradicción que ha acarreado, pues no conoce las razones que avalan la petición de prisión provisional por parte del Ministerio Fiscal, dado que no se le dio traslado del informe en que pedía la convocatoria de la comparecencia del artículo 505 LECrim después de haber permanecido en libertad durante meses y que su intervención en la misma fue genérica. Y añade que el órgano judicial ha asentado la medida en razones no aducidas o no explicitadas por la parte acusadora, infringiendo el principio acusatorio, desviándose de los motivos esgrimidos por el Ministerio Fiscal. Una situación análoga se produce a su parecer con ocasión de la revisión en apelación de la prisión provisional.

El tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre estas cuestiones relativas a la congruencia entre lo esgrimido por las acusaciones y lo apreciado por el juez de instrucción, tanto en lo referido a las exigen-

cias de contradicción como en lo atinente al papel del órgano judicial (SSTC 29/2019, FJ 4, y 30/2019, FJ 4).

Desde el plano argumental de las garantías legales del procedimiento para privar de libertad como desarrollo del art. 17.1 CE, hemos concluido que ningún precepto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal impone:

... que haya de existir una estricta congruencia o correlación entre el fundamento o motivo de la petición cautelar formulada por la parte acusadora y el de la decisión finalmente adoptada por la autoridad judicial. La regulación de la Ley de enjuiciamiento criminal se limita a fijar una estructura general rogatoria exigiendo únicamente que la decisión de prisión provisional no sea acordada de oficio por la autoridad judicial. [STC 30/2019, de 28 de febrero, FJ 4 a)]

A su vez, desde la perspectiva de las garantías procedimentales que impone el artículo 17 CE, en particular desde el principio de jurisdiccionalidad de la medida cautelar de prisión provisional que dimana del artículo 17.2 CE, hemos puntualizado, no obstante, el alcance de la correlación entre los motivos aducidos por las acusaciones y los valorados por la autoridad judicial a la luz de las exigencias procedimentales mínimas para privar de libertad que impone el artículo 5 CEDH conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Esto, tanto desde el punto de vista de la necesaria imparcialidad de la autoridad judicial que interviene como desde la óptica de la contradicción exigible en dicho trámite para evitar situaciones de indefensión.

El tribunal descarta, en primer lugar, que para preservar la imparcialidad objetiva del juez de instrucción sea constitucionalmente exigible:

... en abstracto y teniendo en cuenta los condicionantes dados por el modelo de investigación penal existente en España, la existencia de plena identidad o correlación entre la totalidad de los argumentos por los que los acusadores consideran que procede la prisión provisional y los que conducen al juez a acordarla. Esta correlación sería exigible en lo que hace al presupuesto necesario para que la adopción de la medida cautelar sea constitucionalmente admisible, esto es, a la existencia de indicios racionales de la comisión de un hecho delictivo, pero no en relación con la concurrencia exacta de uno o

más fines constitucionales llamados a ser preservados por la medida cautelar.

Por tanto:

... si el juez de instrucción se ajusta a la petición formulada por las partes en lo relativo a la sustancia de los cargos provisionales (hechos y calificación jurídica provisionales), sin agravar estos para justificar la procedencia de la privación de libertad, la realización de valoraciones adicionales sobre el cumplimiento de las finalidades constitucionales de la privación de libertad, no resulta necesariamente contraria al estatuto de imparcialidad de la 'autoridad judicial' constitucionalmente llamada a ejercer el control inmediato de la privación cautelar de libertad, sin perjuicio de que deba formularse en cada caso un análisis contextualizado de la argumentación complementaria, en aras a descartar concretamente la presencia de parcialidad objetiva. [SSTC 29/2019, FJ 4 i), y 30/2019, FJ 4 b) (i)]

En particular en los incidentes relativos a la privación cautelar de libertad en un proceso penal, resulta fundamental la celebración de una audiencia contradictoria y la igualdad de armas entre la parte acusadora y el privado de libertad [entre muchas, SSTEDH de 31 de enero de 2002, asunto Lanz c. Austria, § 40 y 41; de 9 de marzo de 2006, asunto Sviþsta c. Letonia, § 129 (g) y (h), o, de 22 de octubre de 2019, asunto Venet c. Bélgica, § 32]. La legislación nacional puede cumplir este requisito de diversas formas, pero el método que adopte debe garantizar que las partes tengan la oportunidad de conocer las alegaciones y las pruebas de la parte acusadora y una oportunidad real de rebatirlas habida cuenta del impacto dramático de la medida en los derechos de la persona privada de libertad (SSTEDH de 13 de febrero de 2001, asunto Lietzow c. Alemania, § 44; 31 de enero de 2002, asunto Lanz c. Austria, § 41, y de 25 de junio de 2002, asunto Migoñ c. Polonia, § 79).

La contradicción e igualdad de armas implican de forma necesaria la previa información sobre los motivos de la privación de libertad y, muy especialmente, el acceso a las actuaciones esenciales para valorar la legalidad de la privación de libertad. Es doctrina reiterada que no hay igualdad de armas cuando a un abogado se le niega el acceso a los documentos del expediente de la investigación cuyo examen es in-

dispensable para impugnar eficazmente la legalidad de la detención de su cliente [SSTEDH de 9 de julio de 2009, asunto *Mooren c. Alemania* (Gran Sala), §124; de 12 de enero de 2010, asunto *Boloş c. Rumanía*, § 33; de 20 de febrero de 2014, asunto *Ovsjannikov c. Estonia*, § 72, o de 23 de mayo de 2017, *Mustafa Avci c. Turquía*, § 90]. La importancia de dichas garantías como mecanismo de protección de los derechos de las personas sospechosas de haber cometido un delito ha justificado que la Unión Europea haya dictado normas precisas, mínimas y comunes sobre las mismas (STC 21/2018, FJ 5). Las garantías legales específicas de información y acceso se explican así finalmente como proyección de las exigencias procedimentales directamente emanadas del artículo 17 CE en su entendimiento conforme al artículo 5 CEDH.

### 3.2 La stc 80/2021, de 19 de abril

La peculiaridad de esta resolución recae en que el Tribunal Constitucional (como hemos visto) ha tenido ocasión de examinar aspectos del derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la privación de libertad en las SSTC 13/2017, de 30 de enero, y 21/2018, de 5 de marzo, referidas a la situación de detención, y en las SSTC 83/2019, de 17 de junio; 94/2019, 95/2019, de 15 de julio, y 180/2020, de 14 de diciembre, referidas a su vez a la medida de prisión provisional en causas que se hallan bajo secreto. Sin embargo, el presente caso proporciona a dicho tribunal ocasión para abordar un aspecto no tratado entonces, cual es el alcance constitucional de los indicados derechos a ser informado y a acceder a aquellos elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la legalidad de la privación de libertad cuando, encontrándose la causa bajo secreto (art. 302 LECrim), el detenido ha pasado a disposición judicial y corresponde decidir sobre su situación personal, convocándose a tal fin la comparecencia del artículo 505 LECrim, pero, a diferencia de las tres últimas sentencias citadas, ante un juez distinto del que tiene asignada la instrucción de la causa, en este caso ante el juez de guardia.

Con todo, el Tribunal Constitucional aplica a este caso la doctrina ya sentada en las resoluciones que han sido objeto de comentario previamente. Así:

En lo que aquí atañe, la doctrina sentada en las SSTC 83/2019, de 17 de junio, FFJJ 3 a 5; 94/2019 y 95/2019, de 15 de julio, FFJJ 3 a 5, y 180/2020, de 14 de diciembre, FFJJ 4 y 5, es la siguiente:

a) “Con carácter general, corresponde al juez instructor velar por que el detenido, una vez que se encuentra a su disposición (art. 17.2 CE), sea debidamente informado de sus derechos y garantías procesales (arts. 17.3 CE y 118 y 520 LECrim), procurando que esa información se le facilite por escrito de forma inmediata y, en todo caso, con anterioridad a alguno de los momentos en los que pueda verse comprometida la efectividad de su derecho de defensa. Particularmente destacables son los momentos de recibirle declaración y de decidir sobre su situación personal. Deberá asegurarse también el instructor de la adecuada comprensión por el justiciable, puesto bajo su custodia, del elenco de derechos que le asisten ex art. 520 LECrim, de los que se le entregará además copia escrita” (SSTC 95/2019, FJ 6; 94/2019, FJ 6, y 83/2019, FJ 6).

“Mientras que el derecho a ser informado sobre los hechos investigados y sobre las razones que han llevado al detenido a presencia judicial debe ser promovido directamente por el instructor, proporcionando de oficio al investigado y a su defensa cuantos detalles fácticos y jurídicos sean necesarios, por expresivos en tal sentido (art. 520.2 inciso 1 LECrim), los restantes derechos enumerados en el art. 520.2 LECrim y, entre ellos, el acceso a los materiales del expediente relacionados con su privación de libertad que resulten esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad [art. 520.2 d) LECrim] requieren, en cambio, de la rogación por el interesado, quien después de informado del derecho que le asiste en tal sentido habrá de exteriorizar su voluntad de hacer uso del derecho o derechos de que se trate” (SSTC 95/2019, FJ 6; 94/2019, FJ 6, y 83/2019, FJ 6).

b) “Como venimos diciendo, el supuesto planteado en este amparo afecta al derecho reconocido en el art. 520.2 d) LECrim. La conexión entre el derecho a conocer las razones de la privación de libertad y el de acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnarla explica en gran medida el contenido de esta segunda garantía, puesto que a partir de la información recibida, y para contrastar su veracidad y suficiencia, el privado de libertad puede solicitar acceso a aquello que recoja o documente las razones aducidas (STC 21/2018, FJ 7), activando con ello su derecho.

## Prisión preventiva, secreto sumarial e información y acceso a los elementos esenciales de las actuaciones

En supuestos como el de autos, a la declaración del investigado sigue la convocatoria por el juez instructor de la comparecencia prevista en el art. 505 LECrim, en la que las partes acusadoras podrán interesar que el instructor decrete la prisión provisional del investigado o encausado, o bien su puesta en libertad previa prestación de fianza. Al respecto, el Tribunal Constitucional se reserva ‘la facultad de revisar si la adopción judicial de la medida de prisión provisional se ha sujetado a los criterios legales que garantizan el derecho de defensa y no sufrir indefensión del sujeto sobre el que se aplica la medida cautelar en relación, estrictamente, con la adopción de esa medida’ [STC 29/2019, de 28 de febrero, FJ 3 e)].

Este tribunal es asimismo garante de que ‘el procedimiento de adopción o confirmación de la prisión provisional, se ajuste a las exigencias constitucionales de preservación del derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el art. 17 CE’ [STC 29/2019, FJ 3 e)]” (SSTC 83/2019, FJ 6; 94/2019, FJ 6, y 95/2019, FJ 6).

“Corresponde ahora perfilar el acceso al expediente que, vinculado a la comparecencia del art. 505 LECrim y en garantía de su libertad personal, incumbirá al investigado o encausado con el fin de rehuir una situación de indefensión (art. 17.1 CE, en relación con el art. 24.1 CE). El sentido constitucional de estos derechos lleva a interpretar que, desde el momento en que el órgano judicial haya informado de que se va a celebrar esta comparecencia, estará habilitado el investigado para expresar, por sí o a través de su abogado, su voluntad de acceder al expediente con la finalidad de tomar conocimiento de lo necesario para rebatir la procedencia de las medidas cautelares privativas de libertad que puedan interesar las acusaciones. Dado que es precisamente esta su finalidad, el uso del derecho que le asiste no podrá posponerse más allá del momento en que, durante la propia comparecencia, una vez expuestas sus alegaciones por las acusaciones, llegue el turno de intervención de la defensa del interesado. Y ello porque ha de ser con anterioridad a que el órgano judicial adopte una decisión sobre la libertad del investigado cuando este, potencialmente afectado por la medida cautelar que vaya a interesarse, tenga la oportunidad de requerir, por sí o a través de su representante en el proceso, ese acceso al expediente que le permita disponer de aquellos datos que, como consecuencia de las diligencias practicadas, puedan atraer una valoración judicial última de pertinencia de la medida cautelar privativa de libertad que se solicite, conforme a los fines que la justifican” (STC 83/2019, FJ 6).

“Mostrada por el justiciable o por su defensa la voluntad de hacer uso del derecho reconocido en el art. 520.2 d) LECrim, compete al órgano judicial darle efectividad del modo más inmediato y efectivo posible, interrumpiendo, si fuere preciso, la comparecencia ya iniciada, sin perjuicio de su reiteración en fase posterior” (STC 83/2019, FJ 6).

c) “Aplicándose lo hasta aquí expuesto al común de supuestos del art. 505 LECrim, debemos detenernos ahora en aquella situación en la que los derechos de información y de acceso al expediente con fines de impugnar la privación de libertad se promueven, al tiempo de la comparecencia, en el seno de una causa declarada total o parcialmente secreta (art. 302 LECrim). Confluyen entonces el interés de defensa vinculada a la libertad personal (art. 17.1 CE) y el interés en no perjudicar los fines con relevancia constitucional de los que es tributario el secreto, consecuencia de la interpretación de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), debiendo conciliar ambos.

No hay duda de que el secreto sumarial incide, siquiera temporalmente, en las capacidades de defensa del investigado, limitando sus posibilidades de conocer e intervenir en el desarrollo de la investigación penal. El sacrificio del pleno disfrute por el justiciable de sus derechos y garantías que ello implica no exime, sin embargo, de la obligación de informarle debidamente sobre los hechos que se le imputan y sobre las razones motivadoras de su privación de libertad. Tampoco puede privarle, en términos absolutos, de su derecho de acceder a las actuaciones para cuestionar e impugnar la legalidad de la privación de libertad, cercenando con ello toda posibilidad de defensa frente a la medida cautelar.

Del otro lado, los fines a los que legal y constitucionalmente sirve el secreto sumarial no pueden desvanecerse como consecuencia del ejercicio efectivo de los indicados derechos del justiciable, pues en tal caso el secreto perdería su razón de ser. Así se desprende de la doctrina constitucional a la que venimos haciendo referencia (entre muchas, SSTC 176/1988, de 4 de octubre, FJ 2, y 18/1999, de 22 de febrero, FJ 4), y así se infiere también de la Directiva 2012/13/UE cuando admite que el acceso al expediente penal pueda ser denegado ante el riesgo de perjudicar una investigación en curso (art. 7.4) siempre, eso sí, desde una interpretación restrictiva de esta limitación y respetuosa con el principio de equidad. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene apreciando que, de conformidad con el

art. 6 CEDH, resulta necesario proporcionar un grado de acceso al expediente que permita al interesado disfrutar de una efectiva oportunidad de conocer en lo esencial los elementos en que se sustenta su privación de libertad, sin perjuicio de lo cual está justificada la denegación del acceso al expediente penal en determinados casos, como cuando estamos ante una investigación compleja que afecta a la actividad criminal de un conjunto de individuos o bien cuando incluye determinados documentos, como sucede con los clasificados; en cualquier caso, el eficiente desarrollo de la investigación, siendo un objetivo legítimo, no puede conseguirse a expensas de restricciones sustanciales de los derechos de la defensa que se dilaten en el tiempo mientras el investigado permanece en situación de prisión provisional: en estos supuestos, caso de solicitarlo el interesado, deberá ponderarse aquello que resulte necesario para poder ejercitar una defensa eficaz frente a la privación de libertad (STEDH de 18 de septiembre de 2012, asunto Dochnal contra Polonia, § 87 y 88).

La expresión ‘en todo caso’ incorporada al art. 505.3 LECrim para referirse a esta situación no comporta, en su entendimiento constitucional, una suerte de alzamiento del secreto sumarial que abra ilimitadamente la causa o alguna de sus piezas, declaradas secretas, al conocimiento de las partes en situación, efectiva o potencial, de privación de libertad, a resultas de lo que suceda en la comparecencia del art. 505 LECrim.

Muy al contrario, subordina la toma de conocimiento de lo actuado a lo estrictamente necesario en orden a comprobar la regularidad de la medida privativa de libertad, debiendo facilitarse tan solo lo imprescindible para, dado el caso, cuestionar su pertinencia y promover su impugnación. Así pues, el secreto sumarial habrá de convivir en estos casos con una accesibilidad al sumario que constriña el nivel de conocimiento por el investigado del resultado de la investigación a aquello que resulte esencial —en el sentido de sustancial, fundamental o elemental— para un adecuado ejercicio de su defensa frente a la privación de libertad, siempre previa solicitud expresa por su parte en tal sentido” (STC 95/2019, FJ 6).

d) “Determinados por el instructor los elementos fundamentales del caso en clave de privación de libertad, la efectividad de la garantía requiere que la información se suministre al interesado por el mecanismo que resulte más idóneo, a criterio del órgano judicial: extracto de materiales que obren en las actuaciones, exhibición de documentos u otras fuentes de prueba, entrega de copias

o de cualquier otro soporte o formato, siempre que garantice el ajuste con los datos obrantes en el expediente y permita un adecuado uso en términos de defensa (STC 21/2018, de 5 de marzo, FJ 6). No basta, por tanto, con la información que verbal y genéricamente pueda proporcionarse en tal sentido.

La idoneidad de la decisión judicial de entrega de datos y materiales en ejercicio de estos derechos será, en cualquier caso, susceptible de supervisión a través del régimen de recursos legalmente establecido.

Corresponde al órgano judicial que conozca del recurso revisar la ponderación efectuada por el instructor de la adecuación de los materiales facilitados a los fines y derechos concernidos, lo que valorará a la luz de las específicas circunstancias del caso, atendiendo a la naturaleza de los datos y documentos puestos a disposición del interesado y a su importancia en relación con las circunstancias que propiciaron la privación de libertad (STEDH de 25 de junio de 2002, asunto Migoñ contra Polonia, § 81), sin olvidar los propósitos del secreto decretado en el caso, igualmente dignos de atención” (STC 95/2019, FJ 6).

e) Finalmente, hemos señalado en la STC 95/2019, FJ 6, que “es significativo el periodo durante el cual el investigado, privado de libertad, haya estado a su vez privado de acceso íntegro al procedimiento (SSTEDH de 25 de junio de 2002, asunto Migoñ contra Polonia, § 81, y de 18 de septiembre de 2012, asunto Dochnal contra Polonia, § 87 y 88). Y ello porque la prolongación en el tiempo del secreto no puede constreñir indefinidamente un ejercicio del derecho de defensa que llegue a abarcar la totalidad del sumario, desautorizándose constitucionalmente todo proceso penal que, como consecuencia de la declaración judicial de secreto, se geste a espaldas del investigado y recorte así sus derechos y garantías en el proceso (art. 24.2 CE). El factor tiempo juega, por sí mismo, un papel altamente relevante en toda causa declarada secreta. Al restringir las posibilidades de conocimiento íntegro de lo investigado y, por tanto, de defensa, la declaración de una causa como secreta siempre habrá de extenderse en el tiempo el mínimo indispensable para lograr sus fines, debiendo cesar de forma inmediata en caso de lograrse aquellos; subsidiariamente, y aun cuando no se hayan obtenido, decaerá en el momento en que expire el plazo específicamente conferido por la resolución judicial, que nunca podrá sobrepasar los máximos legalmente previstos con inclusión, dado el caso, de sus prórrogas.



**Prisión preventiva, secreto sumarial e información y acceso a los elementos esenciales de las actuaciones**

El transcurso del tiempo provoca, pues, efectos tanto en la privación provisional o preventiva de libertad como en la declaración sumarial de secreto, operando como indudable factor a ponderar en su convivencia con el interés del investigado en conocer el contenido íntegro de las actuaciones, de modo que a medida que avance el periodo de investigación los intereses del investigado irán sobreponiéndose al interés en el mantenimiento del secreto.

Por todo ello, si la virtualidad del secreto puede operar como valor preponderante en los comienzos de la investigación en la que se decreta, bien por ponderación de los intereses en presencia (art. 301 y 302 LECrim), bien por mandato legal y sin necesidad de expresa declaración en el caso de adoptarse medidas de investigación tecnológica [art. 588 bis d) LECrim], pudiendo provocar incluso que el derecho de defensa del investigado sobre el que se ejecuta una medida cautelar personal privativa de libertad tropiece con parcelas de investigación desconocidas, no es menos cierto que el paso del tiempo debilita aquel interés, que puede predominar en un principio”.

Para finalizar, relatamos a continuación la solución aportada por el Tribunal Constitucional para dicho supuesto.

Tal y como se expresa en el fundamento jurídico quinto, los demandantes no cuestionaron el contexto bajo el que discurrió su detención policial. En el caso de don Jesús Rocho Sosa, fue con ocasión de la comparecencia en la que el Ministerio Fiscal interesó la transformación de la situación de detención en prisión provisional (art. 505 LECrim) cuando por primera vez expresó, personalmente, su negativa a declarar hasta no conocer el contenido de las actuaciones y luego, a través de su defensa, la voluntad de ejercitar el derecho a acceder a lo esencial en las actuaciones para defenderse de la privación de libertad interesada por esta acusación. Por lo que respecta a doña Josefa Rodríguez Sanabria, fue su letrado el que, como la magistrada había rechazado su petición de acceso a los elementos esenciales durante la comparecencia del señor Rocho Sosa —aludiendo, entre otros argumentos, a que no había interesado medios de prueba que pudieran ser practicados durante la comparecencia—, moduló esta vez la petición, con lectura expresa del artículo de la ley rituarial referido al acceso a tales elementos, aplicable, incluso, como

recalcó, en los casos en que esté acordado el secreto sumarial, mediante la solicitud de medios de prueba que pudieran practicarse en ese momento o en las 72 horas siguientes.

A ello anudan su petición de amparo, lamentando que la instructora no atendiera su petición, habiéndoles anunciado con anterioridad que la causa se encontraba bajo secreto y que ella no era la competente para conocer de la causa, por lo que la petición deberían efectuarla ante el juzgado de instrucción competente cuando este se propusiera ratificar o alzar la medida cautelar. Esto supuso que, dados los detalles proporcionados en sede policial y judicial, que estiman escasos e insuficientes en términos de defensa frente a la medida cautelar, no pudieran contradecir los argumentos del fiscal que actuaba en ese acto, ya que no se les procuró acceso alguno, aun limitado, a las actuaciones.

Como indica el fiscal ante este tribunal en su escrito de alegaciones del artículo 52 LOTC, aunque es cierto que el órgano judicial de guardia no era el que tenía atribuida la instrucción de la causa, ello no le excluía de dar cumplimiento a la obligación de facilitar el acceso a las actuaciones esenciales, en la forma prevenida en el artículo 505.3 LECrim. Por una parte, el artículo 505.6 LECrim establece que cuando el detenido es puesto a disposición de juez distinto del que hubiere de conocer de la causa, es a aquel al que le corresponde cumplir esta obligación. La propia instructora respondió verbalmente a la solicitud de práctica de prueba en la segunda comparecencia, afirmando que, con las diligencias obrantes en el atestado policial que derivaban de una investigación declarada secreta, los recurrentes tenían elementos suficientes para valorar la existencia de indicios y la necesidad de garantizar el buen fin de la investigación. Por tanto, nada obstaba a que pudiera facilitar los elementos esenciales referidos a la privación de libertad de que disponía en los términos señalados anteriormente.

Por otra parte, el criterio contrario implicaría privar de este derecho a quien no fuera puesto desde el principio a disposición del juzgado de la causa, diferenciándose con ello durante un tiempo más o menos largo la posibilidad de su ejercicio y la efectiva impugnación de la privación de libertad, permaneciendo mientras tanto, además, en prisión, como de hecho ocurrió en este caso, en el que esta situación se prolongó durante diez días, puesto que hasta entonces no

se celebró la comparecencia ante el juez que debía conocer de la causa.

De conformidad con la doctrina que hemos dejado expuesta, debe entenderse lesionado el derecho de los demandantes a recibir en aquel momento conocimiento de lo esencial en las actuaciones para impugnar la medida cautelar de prisión provisional que instantes antes había interesado el Ministerio Fiscal: (i) pues en el caso del señor Rocho Sosa no se le dio acceso alguno a aquellos materiales de la investigación desde los cuales, y sin perjuicio del respeto debido al secreto sumarial, poder rebatir los argumentos expuestos de contrario (arts. 17.1 y 24.1 CE), y (ii) en el de la señora Rodríguez Sanabria, si bien al hilo del interrogatorio judicial se hizo mención por parte de la instructora a algunos elementos incriminadores —utilización y comunicación a través de determinados teléfonos, domicilios registrados, conocimiento de otros investigados—, esta comunicación fue incompleta y suministrada de forma verbal.

Concluye el alto tribunal señalando que la solicitud de los demandantes se ajustó así tanto al requisito formal de rogación expresa como al temporal vinculado a la comparecencia del artículo 505 LECrim, antes indicados. La vulneración de su derecho dimana del hecho mismo de que, pese a mostrar en tiempo y forma ese claro disenso, la comparecencia continuara hasta su finalización, sin suspenderse para atender aquella petición y permitirles con ello adquirir conocimiento de lo necesario para cuestionar las razones que habrían de justificar la medida cautelar, antes de que se resolviera judicialmente sobre su situación personal.

Esta vulneración cometida por el juzgado que actuaba en funciones de guardia no fue reparada por la Sección de la Audiencia Provincial que conoció del recurso de apelación interpuesto contra el auto de prisión, desestimando este y el posterior incidente de nulidad e insistiendo en que la información verbal dada por la titular del órgano *a quo* había sido suficiente.

#### 4. Breve conclusión

La stc 83/2019, de 17 de junio, zanjó, al menos aparentemente, un debate que venía generando hace años resoluciones contradictorias en detrimento de la seguridad jurídica que debe prevaler en toda clase de actuación judicial. Y digo aparentemente porque, a nuestro juicio, la cuestión tan solo ha sido cerrada de

forma parcial. No vamos a restar importancia a tal resolución (sin duda de enorme trascendencia en el plano práctico), pero consideramos que, en numerosas ocasiones, el mantenimiento del secreto de sumario seguirá ocasionando un choque frontal con el acceso a las actuaciones que obren en sede judicial con motivo de rebatir la prisión provisional que se haya decretado o pueda decretarse en un caso dado.

Queremos con ello decir que la compatibilidad de ambos aspectos no siempre será una cuestión pacífica, pues algún límite deberá establecerse respecto del acceso a actuaciones declaradas secretas si se quiere que dicha institución siga teniendo algún sentido. Pero, por otra parte, también somos conscientes de que el respeto de los derechos fundamentales que asisten a todo detenido,<sup>16</sup> investigado o encausado es una cuestión irrenunciable.

En este sentido, lo relevante será decidir cuando el extracto de materiales que obren en las actuaciones, exhibición de documentos u otras fuentes de prueba, entrega de copias o de cualquier otro soporte o formato puedan comprometer el secreto de sumario. Es este, pues, en nuestra opinión, el principal escollo a sortear y que, sin duda alguna, seguirá generando importantes quebraderos de cabeza a los operadores jurídicos implicados. Por todo ello, si de conseguir un equilibrio se trata, como entendemos así debiera ser, la garantía contenida en el artículo 24.1 CE deberá tener como límite aquel que haga irreconocible, frustre o desvirtúe la naturaleza del secreto sumarial.

Cierto es que en este supuesto hay una situación de privación de libertad (provisional) de por medio, circunstancia que establece una clara diferencia con otro tipo de situaciones frente a las que también se puede hacer valer el secreto sumarial, pero precisamente es por ello que la ley ya establece —si se quiere llamar así— una suerte de privilegio o *favor libertatis* que hace que en estos casos las precauciones deban extremarse a la hora de ver restringido dicho secreto. Con todo, dicha excepcionalidad no debe servir de pretexto para vulnerar flagrantemente dicho acceso a determinadas actuaciones cuando ello sea de utilidad

<sup>16</sup> El Tribunal Constitucional ya abordó algunos aspectos de la Directiva 2012/13/UE en las SSTC 13/2017, de 30 de enero, y 21/2018, de 5 de marzo. Analizó entonces el tribunal, con ocasión de detenciones policiales sometidas a control judicial por medio de un *habeas corpus*, el haz de garantías que, en protección de la libertad personal y de la seguridad de los ciudadanos, establecen los diversos apartados del art. 17 CE como garantes de la legalidad y el control judicial efectivo de la detención preventiva.

para combatir una situación de privación de libertad que se configura como una medida cautelar personal de carácter provisional —ya de por sí cuestionada—.

La Circular FGE 3/2018, sobre el derecho de información de los investigados en los procesos penales, establece al respecto que:

... deberá facilitarse el acceso a los siguientes documentos: 1) los que recojan los indicios de la comisión de delitos que pueden fundamentar la prisión; 2) los que recojan los indicios que hagan presumir que el investigado es autor de los mismos y 3) los que justifiquen alguno de los fines que, para la adopción de la medida cautelar, señala el precepto: la existencia de riesgo de fuga; de ocultación, alteración o destrucción de fuentes de prueba; de que el investigado pudiera actuar contra bienes jurídicos de la víctima o de reiteración delictiva. Por ello, se deberá facilitar información sobre datos que enumera el propio Legislador — la naturaleza del hecho, la gravedad de la pena, la inminencia de la celebración del juicio oral y la situación personal, familiar y económica-, las circunstancias que se han tenido en cuenta para valorar el riesgo de fuga (antecedentes penales y policiales, órdenes de busca y captura que se hayan dictado contra él; denuncias anteriores; gravedad del delito...) etc.<sup>17</sup>

Los ejemplos que menciona el Tribunal Constitucional en la sentencia 21/2018, de 5 de marzo, FJ 7 (que vienen a coincidir en buena medida con los enumerados en el considerando 30 de la Directiva 2012/13/UE), son: la propia denuncia de los hechos, cuando incorpora imputaciones de parte que incrimi-

nan al detenido; la documentación de testimonios incriminatorios, así como el contenido de los informes periciales científicos que establezcan un vínculo de conexión entre el hecho investigado y el detenido; asimismo, lo pueden ser los documentos, fotografías y grabaciones de sonido o vídeo que objetivamente relacionen al sospechoso con la infracción penal, e igualmente las actas que recojan el resultado del registro de un inmueble u otro tipo de bienes (STC 13/2017, de 30 de enero, FJ 7), las de una inspección ocular, las que constatan la recogida de vestigios o las que describan el resultado de un reconocimiento practicado a prevención por la policía para la averiguación del delito.

En definitiva, coincidimos con Gómez-Jara Díez cuando afirma que:

... el alzamiento parcial del secreto, sólo debe ir referido a la persona investigada, sin ser necesario que se alce parcialmente para el resto de los investigados (si los hubiere). Así, toda vez que se refiere a los elementos esenciales de las actuaciones para poder impugnar la petición de prisión provisional, dichos elementos deberían formar parte de la pieza de situación personal del investigado en concreto, de tal manera que sólo es accesible a su defensa.

De esta forma:

... el órgano judicial debe operar, en este ámbito, con criterios de proporcionalidad y racionalidad. Así, ciertamente no se puede interpretar el derecho de acceso al expediente cuando la causa está bajo secreto de sumario como un derecho a la totalidad de las actuaciones. Precisamente el secreto de sumario obliga a que el derecho de acceso al expediente en esta situación se limite a las actuaciones que fundamenten la petición de prisión provisional para el investigado —sin tener que revelar actuaciones relativas a líneas de investigación, otra documentación relacionada etc.—.

En cualquier caso, como expresa este autor:

... una guía rápida para establecer si se ve satisfecho el derecho de acceso al expediente en este ámbito consistirá en determinar si la documentación/informes/diligencias que son citadas en el escrito o informe del Ministerio Fiscal para sostener la petición de prisión provisional del investigado han sido facilitadas a la defensa. En caso

<sup>17</sup> La Circular FGE señala también que siempre que dicho resumen permita efectivamente al investigado conocer los motivos de la privación de libertad, y por tanto impugnarla, y quede debida constancia de su contenido y su conocimiento por el investigado o su defensa (a efectos de un posible ulterior recurso), cabría admitir su validez, sirviendo como criterio orientador que la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, *relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales*, en relación a los documentos que resultan esenciales para garantizar el derecho de defensa y la equidad del proceso (y que deben por tanto, ser traducidos en caso necesario) indica expresamente que “no será preciso traducir pasajes de documentos esenciales que no resulten pertinentes para que el sospechoso o acusado tenga conocimiento de los cargos que se le imputan” y que “como excepción [...] pueda facilitarse en lugar de una traducción escrita, una traducción o un resumen oral de los documentos esenciales a que se refiere el presente artículo, siempre y cuando dicha traducción oral o resumen oral no afecte a la equidad del proceso”.

de que dichos documentos/ informes/diligencias hayan sido proporcionadas a la defensa del investigado, se verá satisfecho el derecho. En caso contrario, no. Así, si dichos documentos/informes/diligencias soportan la petición de prisión provisional, resulta lógico que la defensa tenga derecho a acceder a los mismos para impugnar la citada petición.<sup>18</sup>

Por último, es de vital importancia recordar que, tal y como se desprende del artículo 505.3 LECrim, los elementos de las actuaciones deberán estar a disposición del abogado en el momento de la celebración de la “vistilla” a la que refiere el apartado primero de ese mismo precepto para que pueda impugnar la petición de prisión provisional. No obstante, habrá que tener en consideración que:

... en determinados procedimientos, dichos elementos de las actuaciones pueden ser considerablemente voluminosos, por lo que, para evitar indefensión, deberán proporcionarse con anticipación necesaria. En este punto se advierte una posible cuestión controvertida en el futuro. Así, resulta habitual que, inmediatamente después del interrogatorio al investigado, se practique la vista del art. 505 LECrim. En caso de que a lo largo del interrogatorio no se hayan proporcionado a la defensa esos documentos que constituyen los elementos esenciales, deberá concederse un tiempo prudencial a la defensa para, una vez recibidos, poder examinarlos debidamente.<sup>19</sup>

En definitiva, si bien cabe reconocer el importante hito que supuso la STC 83/2019, de 17 de junio y las posteriores SSTC 94/2019 y 95/2019 de 15 de julio, 180/2020 de 14 de diciembre y 80/2021 de 19 de abril, no menos cierto es que, como ya hemos apuntado, dicho reconocimiento general puede no ser suficiente para concretar en el caso concreto la extensión de los derechos de información y acceso a las actuaciones esenciales cuando de rebatir la medida de prisión pre-

ventiva se trate. Así pues, será la práctica cotidiana la que vaya perfilando dichas pautas, no sin generarse seguramente importantes discrepancias que lleven en un futuro a nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional para perfilar más quirúrgicamente la información y contenido preciso a la que se puede y debe tener acceso y a cuál no. Y esto último, en realidad, es lo más sustancial.

## 5. Bibliografía

- Abadías Selma, A. y Simón Castellano, P. (Coords.): *Prisión provisional, ¿utilidad o perjuicio?*, Madrid, Colex, 2021.
- Abadías Selma, A. y Simón Castellano, P. (Coords.): *La prisión provisional y su estudio a través de la casuística más relevante un análisis ante la segunda revolución de la justicia penal*, Barcelona, Atelier, 2020.
- Abadías Selma, A. y Simón Castellano, P.: *La prisión provisional a análisis: su problemática aplicación práctica y el sistema de indemnización por daño sacrificial*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2020.
- Asencio Mellado, J. M.: “La objetivación de los criterios para la apreciación del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* en la prisión provisional”, en AA. VV.: *Derecho y proceso: liber amicorum del profesor Francisco Ramos Méndez*, Atelier, Barcelona, 323-354, 2018.
- Asencio Mellado, J. M.: “Notas sobre el proyecto de ley de reforma de la prisión provisional”, *Revista General de Derecho Procesal*, 1, 2003.
- Asencio Mellado, J. M.: *La prisión provisional*, Civitas, Madrid, 1987.
- Barona Vilar, S.: *Prisión provisional y medidas alternativas*, Bosch, Barcelona, 1988.
- Bellido Penadés, R.: “La prisión provisional y las medidas alternativas aseguradoras de la presencia del encausado en el borrador del Código Procesal Penal”, en Moreno Catena, V. (Dir.): *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal: Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 403-427, 2015.
- Cervelló Donderis, V.: *Derecho penitenciario (4ª edición)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- Diez de Lastra Martínez, S.N.: “La incidencia del secreto de las actuaciones y la adopción de la medida

<sup>18</sup> Gómez-Jara Díez, C.: “Secreto de sumario, prisión provisional y derecho de acceso al expediente: a propósito del auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de abril de 2016 y otros desarrollos recientes”, *Diario La Ley*, 8930, 2017, p. 14. *Vid.* también, Gómez-Jara Díez, C. y Tejada Plana, D.: “Prisión provisional y derecho de acceso al expediente”, en Simón Castellano, P. y Abadías Selma, A. (Dirs.): *Presos sin condena: Límites y abusos de la institución cautelar al albur de la reforma de la LECrim*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, pp. 189-224.

<sup>19</sup> Gómez-Jara Díez, C.: “Secreto de sumario...”, *op. cit.*, p. 13.

- cautelar de prisión provisional en el derecho de defensa”, *Diario La Ley*, 9541, 2019.
- Faraldo Cabana, P.: “El proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional”, *Actualidad Penal*, 2, 2003.
- Faraldo Cabana, P.: “La prisión provisional en España, Alemania e Italia: un estudio de derecho comparado”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 7, 2002.
- Gimeno Sendra, J. V.: “La necesaria reforma de la prisión provisional”, *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, 7, 2001.
- Gómez-Jara Díez, C.: “Secreto de sumario, prisión provisional y derecho de acceso al expediente: a propósito del auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de abril de 2016 y otros desarrollos recientes”, *Diario La Ley*, 8930, 2017.
- Gómez-Jara Díez, C. y Tejada Plana, D.: “Prisión provisional y derecho de acceso al expediente”, en Simón Castellano, P. y Abadías Selma, A. (Dirs.): *Presos sin condena: Límites y abusos de la institución cautelar al albur de la reforma de la LECrim*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, pp. 189-224.
- González Cussac, J. L.: “Quebrantamiento de secreto sumarial (art. 466 CP)”, en AA. VV.: *Estudios jurídico penales y criminológicos: en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva (vol.1)*, Dykinson, Madrid, 1113-1127, 2018.
- Jorge Barreiro, A.: “Prisión provisional: una reforma, para qué”, *Jueces para la Democracia*, 22, 1994.
- Lascuraín Sánchez, J. A.: “Prisión provisional mínima”, en Da Costa Andrade, M., João Antunes, M. y Aires de Sousa, S. (Coords.): *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias (vol. 3)*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 897-922, 2009.
- León Alapont, J.: “Prisión provisional y secreto de actuaciones: derecho de acceso al expediente”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 61, 2021, pp. 75-98.
- León Alapont, J.: “Secreto sumarial y prisión preventiva”, en Simón Castellano, P. y Abadías Selma, A. (Dirs.): *Presos sin condena: Límites y abusos de la institución cautelar al albur de la reforma de la LECrim*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, pp. 165-188.
- Marchena Gómez, M.: “Prisión provisional y principio acusatorio: cuestiones procesales”, en Dorrego de Carlos, A. (Coord.): *Régimen jurídico de la prisión provisional*, Sepin, Madrid, 169-198, 2004.
- Moreno Catena, V.: “La prisión provisional de los condenados del *procés*”, *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, 26, 2019.
- Muerza Esparza J. J.: “Sobre el secreto de sumario”, EN AA. VV.: *El derecho procesal español del siglo xx a golpe de tango*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1137-1154, 2012.
- Muñoz Conde, F.: “Cuestiones teóricas y problemas prácticos de la prisión provisional”, en Barbero Santos, M. (Coord.): *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 219-230, 1997.
- Orts Berenguer, E. y González Cussac, J. L.: *Compendio de derecho penal. Parte General (8ª edición)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- Planchadell Gargallo, A.: “La prisión provisional: ¿cambio de rumbo en las medidas cautelares?”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 77, 2018.
- Ragués I Vallés R.: “Prisión provisional y prevención de delitos. Legítima protección de bienes jurídicos o Derecho penal del enemigo?”, en Cancio Meliá, M. y Gómez-Jara Díez, C. (Coords.): *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión (vol. 2)*, Edisofer, Madrid, 713-734, 2006.
- Sánchez Barrios, M. I.: “La prisión provisional en España y su problemática regulación”, en Castillejo Manzanares, R. (Dir.): *El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal*, Atelier, Barcelona, 739-750, 2019.
- Sanguiné, O.: *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- Simón Castellano, P.: “Presunción de inocencia e indemnización por prisión provisional indebida (interrogantes tras la STC 85/2019)”, *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 143, 2020.
- Simón Castellano, P. y Abadías Selma, A. (Dirs.): *Presos sin condena: Límites y abusos de la institución cautelar al albur de la reforma de la LECrim*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021.
- Tirado Estrada, J. J.: “Prisión provisional y restricciones al derecho de representación política (art. 23 CE)”, en Gómez-Jara Díez, C. (Coord.): *Persuadir y razonar: Estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín (Tomo I)*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 1043-1077, 2018.

## Delitos de calumnias e injurias al rey y a otras personas vinculadas a la Corona (arts. 490.3 y 491 CP): análisis de los tipos y de la jurisprudencia española y europea\*

Víctor Manuel Macías Caro

Profesor ayudante doctor de Derecho penal  
Universidad Pablo de Olavide

**RESUMEN:** El Código Penal español tipifica como delito la conducta que constituya calumnias o injurias al rey o reina y a otras personas vinculadas con la Corona y la utilización desprestigiante de la imagen de dichas personas y les asigna penas mayores que las previstas para los delitos comunes equivalentes. En este capítulo se analiza el contenido y la legitimidad de dicha tipificación específica, así como el alcance y los límites a la libertad de expresión en relación con el ámbito de aplicación de los delitos mencionados, con particular atención a si estos pueden ser considerados como discurso de odio.

**PALABRAS CLAVE:** injurias, calumnias, rey, jurisprudencia, discurso del odio

**ABSTRACT:** The Spanish Criminal Code defines as an offence the act of defaming the King, the Queen and other people related to the Crown and the discrediting of the reputation by using their image and punishes it more severely than the defamation of a commoner. In this chapter, we analyse the content and legitimacy of such a special protection, as well as the reach and limits to freedom of speech in relation to the scope of the aforementioned offence, with particular focus on whether it can be considered an act of hate speech.

**KEY WORDS:** libel, defamation, king, case law, hate speech.

**SUMARIO:** 1. Los tipos de delito de los arts. 490.3 y 491 CP; 1.1. Calumnias o injurias en el ejercicio de las funciones (art. 490.3 CP); 1.2. Calumnias o injurias fuera del ejercicio de las funciones (art. 491.1 CP); 1.3. Utilización desprestigiante de la imagen real (art. 491.2 CP); 1.4. Tipificación específica y tutela reforzada: contenido y legitimidad. 2. Alcance y límites a la libertad de expresión en la jurisprudencia; 2.1. Insultos personales, con o sin contenido político; 2.2. La sátira con intención humorística. Los casos de El Jueves y de Caduca Hoy; 2.3. La expresión política en sentido estricto. El caso Otegi Mondragon; 2.4. Manifestaciones de rechazo. La quema del retrato de los reyes. 3. ¿Las injurias al rey como ejercicio del discurso de odio?; 3.1. El discurso de odio como límite a la libertad de expresión; 3.2. La fallida y criticada aplicación del discurso de odio para salvar la legitimidad de las injurias al rey. 4. Bibliografía.

Rec: Rec: 10-10-2021 | Fav: 27-10-2021

\* El presente capítulo es fruto de mi participación en el proyecto de investigación y desarrollo titulado “Los delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis interdisciplinar. ¿La (de)construcción de una sociedad (in)tolerante?”, dirigido por las doctoras Juana del Carpio Delgado y María Holgado González y financiado en el marco del programa de Proyectos Feder-UPO (referencia: 2020/00055/001). Agradezco la asistencia recibida por parte de Álvaro Guijo Garzón y María Yerbes González.

## Delitos de calumnias e injurias al rey y a otras personas vinculadas a la Corona

## 1. Los tipos de delito de los arts. 490.3 y 491 CP

El Código penal español tipifica como delito, dentro de los llamados “delitos contra la Constitución”, la conducta que constituya calumnias o injurias al rey o reina y a otras personas vinculadas con la Corona (cualquier ascendiente o descendiente del rey o reina; la reina consorte o el consorte de la reina; el regente o algún miembro de la Regencia; y el príncipe o princesa de Asturias), ya sea “en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas” (art. 490.3 CP) como fuera de esos casos (art. 491.1 CP), además de la utilización desprestigiante de la imagen de dichas personas “de manera que pueda dañar el prestigio de la Corona” (art. 491.2 CP).<sup>1</sup>

<sup>1</sup> V. arts. 490.3 y 491 CP: “490. (...) 3. El que calumniare o injuriare al Rey o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o algún miembro de la Regencia, o al Príncipe heredero de la Corona, en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si la calumnia o injuria fueran graves, y con la multa de seis a doce meses si no lo son.

491.1. Las calumnias e injurias contra cualquiera de las personas mencionadas en el artículo anterior, y fuera de los supuestos previstos en el mismo, serán castigadas con la pena de multa de cuatro a veinte meses.

2. Se impondrá la pena de multa de seis a veinticuatro meses al que utilizare la imagen del Rey o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, o de la Reina consorte o del consorte de la Reina, o del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe heredero, de cualquier forma que pueda dañar el prestigio de la Corona.”

Desde un punto de vista histórico, no fue sino hasta la entrada en vigor del Código penal de 1995 que la tipificación de las conductas en cuestión hizo expresa referencia a la figura del rey de España. No obstante, la persona del monarca ya recibía una tutela penal específica, diferente a la de las injurias genéricas, a través del delito de *injurias al Jefe del Estado*, tipificado en los artículos 146.1º y 147 del Código penal de 1973: “146. Se impondrá la pena de prisión mayor: 1.º Al que injuriare o amenazare al Jefe del Estado en su presencia. (...) 147. Incurrirá en la pena de prisión mayor el que injuriare o amenazare al Jefe del Estado por escrito o con publicidad fuera de su presencia. | Las injurias o amenazas inferidas en cualquier otra forma serán castigadas con la pena de prisión mayor, si fueran graves, y con la de prisión menor, si fueran leves.”

Además de esta tutela penal, el régimen administrativo regulador de la libertad de prensa tuteló de manera reforzada a la monarquía durante todo el periodo de la transición. Hasta la aprobación de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, se actuaba en muchas ocasiones a través del *secuestro administrativo* de las publicaciones, posibilidad expresamente confirmada por la reforma del art. 64 de la Ley de Prensa operada por el Real Decreto-ley 24/1977, de 1 de abril, sobre libertad de expresión: “La Administración sólo podrá decretar el secuestro administrativo de aquellos impresos gráficos o sonoros que contengan noticias, comentarios o informaciones: (...) b) Que constituyan demérito o menoscabo de la Institución Monárquica o de las personas de la Familia Real.” Para una evolución histórica de este tipo de delitos durante los siglos XIX y XX, v. Martínez

## 1.1. Calumnias o injurias en el ejercicio de las funciones (art. 490.3 CP)

En primer lugar, el art. 490.3 CP castiga a quien calumnie o injurie al rey o reina, a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la reina consorte, al consorte de la reina, al regente o a cualquier miembro de la Regencia y al príncipe o princesa de Asturias. En ausencia de una definición específica, debemos entender por injuria “la acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación” (art. 208 CP) y por calumnia “la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” (art. 205 CP). En principio, son aplicables a este tipo y al siguiente todas las consideraciones que sobre el ámbito de la conducta típica puedan hacerse con respecto a las injurias y calumnias genéricas, salvo lo que se dirá más adelante sobre la gravedad de estas.

La pena a imponer será de prisión de seis meses a dos años si la calumnia o la injuria es grave o de multa de seis a doce meses si no lo es. En ambos casos, la conducta debe ser cometida cuando los sujetos se hallen en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de estas. La jurisprudencia interpreta que este elemento requiere “una situación presencial o cuasipresencial del Monarca, o cuando menos lo esté en el ejercicio de sus funciones establecidas en el art. 56.1 CE, 62 y 63 de la Constitución”.<sup>2</sup> No obstante, el inciso de “con motivo u ocasión de [ejercicio de las funciones]” ha permitido aplicar la norma en supuestos en los que no se daba una presencia física cercana entre sujetos activo y pasivo en el momento justo de realizarse la conducta, como los casos de condenas en el curso de una concentración celebrada tras una manifestación con “motivo de la visita de S. M el Rey a la ciudad de Gerona”<sup>3</sup> o el de una rueda de prensa

Guerra (2016), pp. 98-100.

<sup>2</sup> SAN JCP 24/2012, de 27 de marzo, que condenó a los autores de la canción “Una historia real” por el tipo del art. 491.1 CP, no por el del art. 490.3 CP, a pesar de que en la canción se imputaba a Juan Carlos Borbón “directamente y sin ambages la autoría de un delito de rebelión militar (golpe de Estado 23-F)”. Esto demuestra que, en el deslinde entre el 490.3 y el 491.1 CP, pesa más en la jurisprudencia la situación “presencial o cuasi-presencial” en la que se produce la conducta que el hecho de que la actuación (falsamente) imputada al sujeto pasivo esté relacionada o no con el ejercicio de sus funciones, como era el caso.

<sup>3</sup> SAN JCP 40/2008, de 9 de julio, en el caso de la quema del retrato de los reyes (v. *infra* epígrafe 2.4).

por parte de un miembro del Parlamento vasco tras “la visita que Sus Majestades los Reyes de España habían realizado a esa Comunidad Autónoma”.<sup>4</sup> Con respecto a la determinación de las funciones atribuidas a los sujetos pasivos, parece claro que, en el caso del titular de la Corona, se refiere a las mencionadas en los artículos 62 y 63 de la Constitución española. No obstante, es difícil de interpretar la mención al ejercicio de funciones con respecto a otras personas que carecen precisamente de estas, como pueden ser la reina consorte o el consorte de la reina (salvo que esté ejerciendo la regencia) o los ascendientes o descendientes del titular de la Corona que no sean príncipe o princesa de Asturias.<sup>5</sup> La única interpretación técnicamente lógica, en nuestra opinión y sin perjuicio de las críticas político-criminales y de legitimidad constitucional que se harán más adelante, es que solo sea de aplicación, respecto a estos otros sujetos pasivos, el inciso de “con motivo u ocasión” del ejercicio de las funciones por parte de los sujetos que sí las tienen.

La explicación, eso sí, tiene que ver probablemente con la identificación absoluta entre la institución (la Corona) y la persona (el rey) y en la consiguiente confusión entre las esferas pública y privada, incluyendo en esta última a los parientes del rey que no ejercen función constitucional alguna. Esto impide, por ejemplo, como se ha señalado con acierto e ingenio, que una hipotética acción poco ejemplar de alguna de las personas tipificadas como posibles sujetos pasivos —una hija, un nieto o el padre del titular de la Corona, por ejemplo, o incluso del propio rey— pueda ser enjuiciada, a pesar de su potencial lesividad para el prestigio de la institución<sup>6</sup>, dado que la descripción de la conducta como “calumniare o injuriare al rey” parece requerir que la conducta afecte, al menos de manera inmediata, al honor de la persona física.

## 1.2. Calumnias o injurias fuera del ejercicio de las funciones (art. 491.1 CP)

En segundo lugar, el art. 491.1 CP castiga a quien calumnie o injurie a cualquiera de las personas descritas en el artículo anterior “fuera de los supuestos

previstos en el mismo”, es decir, fuera del ejercicio de sus funciones o sin que la calumnia o injuria se produzca con motivo o en ocasión del ejercicio de estas. La pena prevista es de una multa de cuatro a veinte meses, sensiblemente menos onerosa que la del tipo anterior, pero su límite máximo es mayor que el de la pena prevista para las injurias genéricas, se produzcan estas con o sin publicidad. No obstante, se produce una situación cuanto menos curiosa respecto a la modalidad típica de calumnia: una conducta de calumnia contra el rey que se produzca con publicidad y fuera del ejercicio de las funciones (por ejemplo, acusarlo falsamente, en un artículo de prensa, de haber causado la muerte de un familiar por accidente) recibiría en principio el reproche de una pena de multa de cuatro a doce meses, mientras que la misma conducta con respecto a cualquier otra persona, si es con publicidad (art. 206 CP), puede llegar a ser castigada con pena de prisión de seis meses a dos años.

El ya mencionado problema de confusión entre lo público y lo privado se hace aun más patente en este segundo tipo de delito, en el que por la propia y expresa redacción del tipo se requiere que la calumnia o la injuria se produzca en un contexto ajeno a las funciones constitucionales de la Corona, pese a lo cual, se mantienen como posibles sujetos pasivos los mismos que en el tipo anterior. Si ya es discutible que el honor del jefe del Estado merezca una mayor tutela cuando este se ve afectado por injurias que no tienen que ver con sus funciones, se hace absolutamente injustificable, salvo que se admita la legitimidad de la desigualdad ante la ley entre ciudadanos, que dicha tutela reforzada se extienda a quienes no es que actúen fuera de dichas funciones, sino que carecen por completo de las mismas.

La jurisprudencia ha optado por aplicar este tipo, y no el anterior, en casos como el de un alcalde que calificó al entonces rey Juan Carlos Borbón en términos despectivos, referidos en gran parte a su vida privada y familiar;<sup>7</sup> el de la ya mencionada canción “Una historia real”;<sup>8</sup> o el de un artículo de opinión en el que se describía al exrey como el

(...) último representante en España de la banda de borrachos, puteros, idiotas, descerebrados, cabrones, nin-

<sup>4</sup> STSJPV Sala de lo Civil y Penal, de 18 de marzo de 2005, AH 2, en el caso de la rueda de prensa dada por el parlamentario vasco Otegi Mondragon (v. *infra* epígrafe 2.3).

<sup>5</sup> Martínez Guerra (2016), p. 104.

<sup>6</sup> Martínez Guerra (2016), p. 105.

<sup>7</sup> SAN JCP 42/2009, de 9 de junio, en el caso del alcalde republicano (v. *infra* epígrafe 2.1).

<sup>8</sup> SAN JCP 24/2012, de 27 de marzo.



## Delitos de calumnias e injurias al rey y a otras personas vinculadas a la Corona

fómanas, vagos y maleantes que a lo largo de los siglos han conformado la foránea estirpe real borbónica culpable del atraso, la ignorancia, la degradación, la pobreza, el odio y la miseria generalizada de centenares de generaciones de españoles.<sup>9</sup>

### 1.3. Utilización desprestigianete de la imagen real (art. 491.2 cp)

Por último, el art. 491.2 CP castiga al que utilice la imagen de cualquiera de los sujetos pasivos (exactamente los mismos que los mencionados en el art. 490.3 CP) “de cualquier forma que pueda dañar el prestigio de la Corona” con la pena de multa de seis a veinticuatro meses.

La conducta típica se describe de manera distinta y más concreta en este tipo que en los dos anteriores, abarcando no cualquier conducta de calumnia o injuria, sino solo la que consista en utilizar una imagen. Esta diferencia, unida a la exigencia de un potencial desprestigio de la Corona, hace que estemos ante un tipo de delito cuyo resultado típico se define de manera mucho menos nítida: mientras que las calumnias e injurias de los arts. 490.3 y 491.1 CP afectan al honor de los sujetos pasivos (con independencia de que, debido a la “personalización”, se trate de un bien jurídico protegido con la intención político-criminal de salvaguardar el prestigio de la institución personificada), en el art. 491.2 CP se invierte el mecanismo utilizado: la utilización de la imagen de ciertos sujetos es solo el medio comisivo susceptible de dañar el prestigio de la Corona.<sup>10</sup> Esta ausencia de exigencia de un daño efectivo del prestigio de la Corona, dado que únicamente se requiere que “pueda” dañarlo,<sup>11</sup> “supone un adelanto de la barrera de protección penal absolutamente injustificable un Estado Democrático y de

Derecho”.<sup>12</sup> También debe ser criticada la extensión con la que se describen los sujetos cuya imagen puede ser utilizada en desprestigio de la Corona, incluyendo a cualquiera de los ascendientes o descendientes, que si bien son ciertamente familia del rey, no forman parte de la Corona, entendida como institución que corresponde a la jefatura del Estado, ni tienen por qué ejercer ningún tipo de función constitucional

### 1.4. Tipificación específica y tutela reforzada: contenido y legitimidad

Si analizamos el contenido del tratamiento penal específico de las calumnias e injurias al rey y a otras personas vinculadas a la Corona, podemos concluir fácilmente que dicha tipificación supone una tutela reforzada de las personas descritas en el tipo respecto al resto de posibles sujetos pasivos en al menos dos aspectos:

- *mayor ámbito de relevancia típica*: a diferencia de las injurias genéricas, no se requiere que las injurias al rey “sean tenidas en el concepto público por graves”, sino que también las leves son merecedoras de reproche penal de acuerdo con el legislador;<sup>13</sup>

- *penas más graves*: la pena prevista para las calumnias e injurias al rey en sus funciones y graves (art. 490.3, inc. primero, CP) es de prisión de seis meses a dos años, cualitativamente más grave para el reo que las más graves de las previstas tanto para las calumnias como para las injurias genéricas; las penas previstas para las calumnias e injurias al rey fuera de sus funciones (art. 491.1 CP) y para la utilización desprestigianete de la imagen (art. 491.2 CP), en sus límites máximos, también son mayores que las previstas para las injurias genéricas, con o sin publicidad.<sup>14</sup>

<sup>9</sup> SAN JCP 16/2013, de 14 de marzo, en el caso del artículo “¿Por qué no te callas ahora?”.

<sup>10</sup> Martínez Guerra (2016).

<sup>11</sup> La jurisprudencia ha confirmado esta interpretación. El “ataque por una utilización torticera de la imagen de las personas expresadas (...) no necesita un daño real, constatado, efectivamente producido al prestigio de la Institución, por lo que, en definitiva, la protección establecida en el Código vigente incluso se adelanta configurándose el tipo penal como de mera actividad o de consumación anticipada, no siendo necesario que llegue a producirse el daño prevenido (el desprestigio de la Corona)”, v. SAN JCP 62/2007, de 13 de noviembre, FJ 2º, en el caso de la portada de *El Jueves*, v. *infra* epigrafe 2.2). El art. 491.2 CP otorga una “protección anticipada y sin necesidad de resultado lesivo”, v. SAN JCP 64/2008, de 4 de noviembre, FJ 2º.

<sup>12</sup> Martínez Guerra (2016).

<sup>13</sup> Esto es claro, por expresa previsión, en el tipo del art. 490.3 CP. No lo es tanto en el del art. 491.1 CP: se podría interpretar que, al no existir diferencia en la pena por la gravedad, es aquí de aplicación subsidiariamente la previsión del art. 208.II CP. Aun menos claro en el tipo del art. 491.2 CP, que responde a una estructura distinta, como ya hemos visto anteriormente.

<sup>14</sup> No obstante, como ya hemos adelantado, la calumnia contra el rey fuera del ejercicio de las funciones (art. 491.2 CP), siendo indistinto si es o no con publicidad, es castigada con pena de multa de cuatro a doce meses, mientras que la misma conducta con respecto a cualquier otra persona, si es con publicidad (art. 206 CP), puede llegar a ser castigada, alternativamente, con pena de prisión de seis meses a dos años.

Expuesta así la tutela reforzada que otorga el Código penal al rey y a otros sujetos frente a las calumnias y, sobre todo, a las injurias, respecto al resto de ciudadanos, es necesario acudir a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para extraer conclusiones sobre la conformidad de dicha tutela con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, a cuyo cumplimiento se encuentra obligado jurídicamente el Reino de España y cuyo contenido es criterio de interpretación de los derechos reconocidos por la Constitución española (art. 10.2 CE). En este sentido, el TEDH ha mantenido que

(...) los límites de una crítica aceptables son más amplios respecto a los políticos como tales que con respecto a un particular. A diferencia de este, aquel se expone consciente e inevitablemente a un control atento de todas sus palabras y actos, tanto por los periodistas como por los ciudadanos y debe, por lo tanto, mostrar un mayor grado de tolerancia.<sup>15</sup>

Más en concreto, con respecto a los jefes Estado, el Tribunal ha sentenciado, por ejemplo, que “[la existencia de un] delito de insulto a un jefe de Estado extranjero es susceptible de inhibir la libertad de expresión sin que haya ninguna ‘imperiosa necesidad social’ capaz de justificar dicha restricción”,<sup>16</sup> lo cual vale “más aun cuando se trata del interés de un Estado en proteger la reputación de su propio jefe de Estado: tal interés no puede justificar a este último privilegio o protección especial respecto al derecho de informar y expresar opiniones sobre el mismo”,<sup>17</sup> y, en una decisión clave que recayó expresamente sobre un caso en el que se aplicaron los tipos de delito aquí analizados por parte de tribunales españoles, el Tribunal de Estrasburgo considera que:

(...) a pesar de las diferencias existentes con un régimen republicano como el de Turquía, los principios que se

<sup>15</sup> STEDH (Pleno) de 8 de julio de 1986, *Lingens c. Austria*, § 42; es de reseñar que el Tribunal también declara que “un político tiene por supuesto derecho a que su reputación sea protegida, incluso cuando no esté actuando en su esfera privada, pero los requisitos para dicha protección tienen que ser ponderados con el interés de una discusión abierta en materia política”. Todo ello confirmado en otras ocasiones, como en la STEDH (Pleno) de 23 de mayo de 1991, *Oberschlink c. Austria*, § 59.

<sup>16</sup> STEDH (Sección 2ª) de 25 de junio de 2002, *Colombani y otros c. Francia*, § 69.

<sup>17</sup> STEDH (Sección 4ª) de 12 de noviembre de 2007, *Artun y Güvener c. Turquía*, § 31.

deducen de su propia jurisprudencia en la materia son en teoría también válidos respecto un régimen monárquico como el de España, donde el Rey ocupa una posición institucional singular, como lo recuerda el Gobierno. (...) El Tribunal considera que el hecho de que el Rey ocupe una posición de neutralidad en el debate político, una posición de árbitro y símbolo de la unidad del Estado, no podría ponerlo al abrigo de toda crítica en el ejercicio de sus funciones oficiales o -como en el caso- como representante del Estado que simboliza, en particular para los que rechazan legítimamente las estructuras constitucionales de este Estado, incluido su régimen monárquico.<sup>18</sup>

No obstante, el propio Tribunal reconoció que “es totalmente legítimo que las instituciones del Estado estén protegidas por las autoridades competentes en su calidad de garantes del orden público institucional”, aunque recuerda que “la posición dominante que estas Instituciones ocupan, obliga a las autoridades a demostrar contención en el uso de la vía penal”, y concluye que “nada en las circunstancias del presente caso (...) podía justificar la *pena de prisión*”. Dicha pena solo sería compatible con el Convenio “en circunstancias excepcionales, en particular, cuando se hayan afectado seriamente otros derechos fundamentales, como en la hipótesis, por ejemplo, de la difusión de un discurso de odio o incitación a la violencia”.<sup>19</sup> Entendemos que el matiz que introduce aquí el TEDH se fundamenta en la alegada “neutralidad en el debate político” y la posición de “árbitro y símbolo de la unidad del Estado” que el Gobierno español afirma que ocupa el rey, a diferencia de la presidencia de una República, que es directa o indirectamente elegida popularmente y que, por lo tanto, se asemeja más al concepto de “hombre político” usado en jurisprudencia precedente.<sup>20</sup> Por su parte, la ju-

<sup>18</sup> STEDH (Sección 3ª) de 15 de marzo de 2011, *Otegi Mondragon c. España*, §56.

<sup>19</sup> STEDH (Sección 3ª) de 15 de marzo de 2011, *Otegi Mondragon c. España*, §§ 58 y 61 y 59.

<sup>20</sup> Por el contrario, cabría decir que fue el propio Tribunal Supremo español quien, en su STS de 28 de septiembre de 1993, en la que absolvió a los acusados, diputados vascos, por interrumpir un discurso del rey durante su visita a la Casa de Juntas de Gernika cantando la canción “Eusko Gudariak”, sostuvo una posición mucho más avanzada que el TEDH: “se ha dicho con acierto que frente a la magistratura suprema electiva periódicamente, la institución monárquica es ejercicio de un plebiscito implícito cotidiano y por ello en manera alguna debe estimarse existente el delito de injurias, sino contrariamente, un legítimo ejercicio del derecho a la libre

jurisprudencia española, consciente de la excepción que supone esta tutela reforzada de la figura del rey, ha intentado sortear los argumentos en contra afirmando que es objeto de “una especial protección, más intensa que la del resto de los ciudadanos, pero no más amplia”.<sup>21</sup> Cuando este caso, el de la quema del retrato de los reyes, llegó a Estrasburgo, el Tribunal siguió sin pronunciarse expresamente sobre la conformidad con el Convenio de una tipificación penal específica que otorgue una tutela reforzada al rey, sino que de nuevo reprochó a los tribunales españoles que

(...) una pena de prisión impuesta por una infracción cometida en el marco de un debate político, por cuanto representa la más fuerte reprobación jurídica de un comportamiento, constituye una injerencia en la libertad de expresión que no era proporcionada a la finalidad legítima perseguida ni necesaria en una sociedad democrática.<sup>22</sup> De todo ello se puede concluir que, si bien “en materia de insulto contra un Jefe de Estado, el TEDH ya ha declarado que una mayor protección mediante una ley especial en materia de insulto [contra un Jefe de Estado] no es, en principio, conforme al espíritu del Convenio”,<sup>23</sup> no existe una obligación jurídico-internacional de derogar la tipificación específica de los delitos de calumnias e injurias al rey. No obstante, si se trataría de una decisión del legislador que acercaría nuestro ordenamiento al *espíritu del Convenio* y, sobre todo, el derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 20 CE) sí debe interpretarse de acuerdo al Convenio y la jurisprudencia del TEDH, esto es, con un alcance tal que impida, o bien por expresa previsión legal o bien por la actividad de los tribunales, que la crítica política al rey o a la monarquía sea castigada con pena de prisión, ya sea directamente, ya sea como consecuencia del impago de una pena de multa,<sup>24</sup> salvadas las excepciones ya expuestas.

expresión, cuando se trata de comunicar al monarca un estado de insatisfacción pública de un sector ciudadano, más o menos minoritario. Se trata de un comportamiento exigible en toda democracia y por ello carente de antijuricidad” (FJ 2º).

<sup>21</sup> SAN Sala de lo Penal (Pleno) de 5 de diciembre de 2008, FJ 5º (v. *infra* epígrafe 2.4)

<sup>22</sup> TEDH (Sección 3ª) de 13 de marzo de 2018, Stern Taulats y Roura Capellera c. España, §42.

<sup>23</sup> TEDH (Sección 3ª) de 13 de marzo de 2018, Stern Taulats y Roura Capellera c. España, §35.

<sup>24</sup> Este es, sin duda, el paso adelante que da la analizada sentencia con respecto a la del caso Otegi Mondragon y que permite afirmar que, en realidad, la jurisprudencia del TEDH rechaza el uso del Derecho penal, dado el mecanismo de prisión sustitutoria en caso de impago. Otras penas, como la de inhabilitación, podrían ser incluso tan graves como las de prisión teniendo en cuanto el

## 2. Alcance y límites a la libertad de expresión en la jurisprudencia

Tratada de manera introductoria la cuestión de si es legítimo o no que exista una tipificación específica de las calumnias e injurias al rey y de que la misma implique una tutela reforzada, es posible desarrollar la cuestión del alcance y los límites de la libertad de expresión en relación con su ejercicio para insultar o criticar al rey o al resto de sujetos tipificados en los arts. 490.3 y 491 CP. Una manera de realizar este análisis, fuertemente imbricado con el anterior, es sistematizar los casos en distintos grupos de supuestos en función de las características y la intencionalidad de las opiniones o expresiones. A continuación, exponemos varios casos, su recorrido judicial y el comentario doctrinal al mismo, ordenándolos en función de si las expresiones enjuiciadas pueden considerarse: a) insultos personales, con o sin contenido político; b) sátira con intención humorística; c) expresiones políticas en sentido estricto; d) manifestaciones de rechazo al rey o a la monarquía.

### 2.1. Insultos personales, con o sin contenido político

El proferimiento de insultos carentes de contenido o motivación ideológica o política, o con una carga política que no obra como hecho probado o bien que es fruto más bien de situaciones de embriaguez o alteración psíquica y no de convicciones, han sido pacíficamente considerados como típicos por la jurisprudencia.

En este sentido fallaron las sentencias por las que se condenaba a un sujeto que, estando en una plaza y el rey asomado a un balcón que daba a la misma, exclamó: “si le explotara una bomba, cabrón, gediendo [sic.], gordo asqueroso, que sólo da de comer a los curas”;<sup>25</sup> a un transeúnte que, “cuando se encontraba en estado de embriaguez, al serle llamada la atención por unos guardias municipales para que no molestara a las personas que pegaban propaganda electoral, comenzó a gritar que el Rey y la Reina eran unos hijos de puta”;<sup>26</sup> a un estudiante de Filosofía “de tempera-

contexto político en el que se dan las expresiones.

<sup>25</sup> SAP Tenerife de 13 de marzo de 1978, confirmada por STS Sala de lo Penal 106/1979, de 31 de enero.

<sup>26</sup> SAP Barcelona de 21 de julio de 1979, confirmada por STS Sala de lo Penal 1241/1981, de 3 de noviembre.

mento esquizoide de tipo fanático reivindicador” que, en una carta dirigida a un profesor, “le ruega que quite de la pared esa ‘parejita’ de extranjeros ilegales monarcas que a él no le dicen nada”;<sup>27</sup> al cliente de un bar que, sobre las cuatro de la madrugada y acompañado por unos amigos, “entonó una canción alusiva a temas políticos, en la que, refiriéndose inequívocamente al actual Jefe del Estado, se decía, entre otras cosas, ‘Rey, mierda’, que pudo ser oída por unas cincuenta personas presentes”;<sup>28</sup> a otro cliente de otro bar que, ante la negativa del camarero a fiarle una cuba libre y “como en aquel momento apareciese en la televisión la imagen de S.M. el Rey don Juan Carlos, manifestó en voz alta, refiriéndose al Monarca, que es un ‘mierda’ y un ‘hijo de puta’”;<sup>29</sup> a un capitán de infantería que, en una cena junto con otros oficiales y dirigiéndose a un televisor en el que aparecía el rey exclamó: “¡ese es un tonto y un payaso!”.<sup>30</sup> Si bien es difícil objetar el carácter objetivamente insultante de la mayoría de las expresiones que acaban de ser expuestas, es necesario recordar una vez más, aunque ello no estuviera asentado todavía en el momento en el que dichas sentencias fueron dictadas, que la cuestión controvertida no es que el honor de Juan Carlos de Borbón no merezca protección por parte del ordenamiento jurídico, sino: a) que reciban una pena mayor que la que habría correspondido a la misma conducta si hubiera estado dirigida a otro ciudadano, y b) que el alcance de la libertad de expresión, en detrimento del ámbito de tipicidad de las calumnias e injurias, debe ser menor cuando los sujetos a los que refiere ocupan cargos públicos.

Este detrimento del ámbito de la tipicidad debería ser un criterio de aplicación de la norma en casos de insultos, incluso personales, en los que sí pueda determinarse más claramente la existencia de una motivación política o ideológica atendiendo al sujeto que

profiere la expresión o al contexto en el que se produce. Sin embargo, la jurisprudencia española ha enjuiciado la crítica política a través de insultos personales como típicas de estos delitos, aun cuando tuvieran lugar en el contexto del debate de cuestiones de interés público, tales como pueden ser la idoneidad de quien ostenta un cargo. Tal fue el caso, por ejemplo, de la condena al orador de un mitin organizado por varias organizaciones de extrema derecha, que afirmó que Juan Carlos de Borbón carecía de sano juicio, sentido de la dignidad real, lealtad, elegancia, magnanimidad y otras cualidades de las que sí gozaban sus antepasados.<sup>31</sup> Tampoco hubo dudas, treinta años más tarde, en la condena a un alcalde por unas declaraciones realizadas en el curso de un acto de conmemoración del 77º aniversario de la proclamación de la II República cuando dijo: “El Borbón es el hijo de un crápula”; “el Borbón (era) de condición deleznable y el presente no es menos de lo que su padre fue”; “hijo de una persona de condición licenciosa, deplorable, deleznable, no menos licenciosa que la de su esposa”; “que si atropellara a una niña lo haría por su acostumbrada vinculación etílica”; “el rey, es de naturaleza corrupta, porque lo es de condición, pero también lo es en lo personal”; “el rey es corrupto de procedencia, como corrupto es el sistema”. Para el juzgador de este caso, “muy poca interpretación es necesaria” para concluir que los términos utilizados son “claramente insultantes, injuriosos y vejatorios”<sup>32</sup> y, en respuesta a “la tan reiterada alegación en estos casos y como no, también en este juicio, al ejercicio del derecho a la libertad de expresión”, afirma:

(...) para ensalzar y glorificar el régimen republicano era totalmente innecesario utilizar frases y expresiones ultrajantes y ofensivas que afectan al núcleo íntimo de la dignidad de las personas utilizando términos desmesurados respecto al legítimo objeto de la crítica perseguida.<sup>33</sup>

<sup>27</sup> SAP Valladolid de 3 de marzo de 1981, en la que se le reconoce, eso sí, una exigente incompleta por tener disminuidos su entendimiento y voluntad, confirmada por STS Sala de lo Penal 720/1982, de 26 de mayo.

<sup>28</sup> SAP Zamora, de 27 de febrero de 1982, confirmada por STS Sala de lo Penal 756/1983, de 20 de mayo.

<sup>29</sup> SAP Almería, de 1 de junio de 1984, condena con la concurrencia de la circunstancia atenuante de embriaguez al encontrarse el sujeto “en un estado de embriaguez que sin anular sus facultades intelectuales y volitivas, las obnubilaba, situación no habitual en el procesado”, confirmada por STS Sala de lo Penal 1014/1987, de 6 de junio.

<sup>30</sup> SAN de 9 de junio de 1989, confirmada por STS Sala de lo Penal 213/1992, de 27 de enero.

<sup>31</sup> SAP Guadalajara de 24 de abril de 1979, confirmada por STS Sala de lo Penal 739/1980, de 11 de junio.

<sup>32</sup> SAP JCP 29/2009, de 9 de junio, FJ 1º.

<sup>33</sup> SAP JCP 29/2009, de 9 de junio, FJ 3º. El criterio de la desmesura o de la innecesaridad, que el magistrado atribuye (FJ 2º) de manera confusa y errónea a la jurisprudencia del TEDH, proviene en realidad de un párrafo de un informe de la ya extinta Comisión Europea de Derechos Humanos de 11 de octubre de 1984, previo al caso *Lingens c. Austria*, que reza: “81. La Comisión no puede aceptar que la prensa pueda hacer juicios de valor críticos solo si se puede probar su ‘verdad’. Los juicios de valor son un elemento esencial de la libertad de prensa y la imposibilidad de prueba es inherente a los juicios de valor. *El uso de palabras fuertes* (“strong

## Delitos de calumnias e injurias al rey y a otras personas vinculadas a la Corona

Apelada la decisión, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional confirma la idea de la innecesidad, concluyendo que las expresiones utilizadas son “simplemente descalificadoras, humillantes, afrentosas, molestas, ofensivas, desabridas, oprobiosas, impertinentes, vejatorias e innecesarias, tanto para manifestar su descontento con la institución monárquica, como para defender a ultranza las bondades de un sistema republicano, y por lo tanto, injuriosas para quien encarna la Monarquía española”, eso sí, de manera sorprendente, justo después de afirmar que el juzgado de primera instancia no obró incorrectamente al no tener en cuenta todo el discurso, sino solo frases entresacadas.<sup>34</sup>

## 2.2. La sátira con intención humorística. Los casos de *El Jueves* y de *Caduca Hoy*

Por otra parte, el Tribunal de Estrasburgo ha establecido que la sátira es una forma de expresión artística, que es necesario examinar con especial atención cualquier injerencia en el derecho de un artista a expresarse por este medio y que castigar penalmente estos hechos puede tener un efecto disuasorio sobre las intervenciones satíricas relativas a personalidades públicas,<sup>35</sup> cuestión más que solo posible, como veremos más adelante. En España, la prensa satírica practicó durante años una “mal disimulada autocon-

*wording*”) puede ser por sí mismo un medio para expresar desaprobación hacia un determinado comportamiento y debería restringirse solo cuando los términos usados sean desmesurados (“incommensurate”) con respecto al legítimo objeto de la crítica perseguida” (la traducción y la cursiva son propias).

Con respecto a la “innecesidad” de la crítica mordaz o el insulto como forma de participación en el debate público, argumento que se repetirá en futuras sentencias, como la reciente sobre el segundo caso Hasél, afirma con acierto Dopico Gómez-Aller (2021), p. 399 que “la crítica política amparada por la libertad de expresión no es únicamente la que propone alternativas, sino también la que simplemente se opone a una institución (la monarquía actual) o a unas personas públicas (el rey emérito y el rey actual)”.

<sup>34</sup> SAN Sala de lo Penal (Sección 4ª) 41/2009, de 18 de septiembre, FJ 5º. Efectivamente, la Sala establece en primer lugar que “todos aquellos elogios [a la II República] no guardan relación alguna con el hecho objeto de acusación” para luego afirmar, cinco párrafos más tarde, que “las frases entrecuilladas en el relato de hechos probados no contienen ningún pensamiento, ninguna defensa de ninguna idea u opinión (...)”.

<sup>35</sup> STEDH (Sección 1ª) de 25 de enero de 2007, *Vereniging Bildender Kunstler c. Austria*; STEDH (Sección 10ª) de 20 de octubre de 2009, *Alves da Silva c. Portugal*; STEDH (Sección 5ª) de 14 de marzo de 2013, *Eon c. Francia*. Sobre el mayor grado de tolerancia debido hacia las expresiones de carácter satírico, v. De Verda y Beamonte (2014) pp. 355-357, que también trata el carácter autónomo de la libertad de creación artística con respecto a la libertad de expresión (pp. 360-362).

“tención”, con chistes más que comedidos sobre el rey, el príncipe y la monarquía, aunque de creciente mordacidad a partir de finales de los años noventa y principios de la primera década del siglo xx. Quizá por ello los secuestros y condenas que recibió este tipo de prensa satírica no fueron debidos a injurias al rey, sino a escarnios contra la religión.<sup>36</sup> Sin embargo, en 2007 se produjo un caso clave en esta materia: el secuestro judicial de la revista *El Jueves* por el contenido de su portada en relación con los príncipes de Asturias y la posterior condena a los dibujantes de este medio.

En este famoso caso, el juzgador declaró que constituía un delito de utilización desprestigiante de la imagen de los entonces príncipes de Asturias del art. 491.2 CP la publicación de una portada en la que,

(...) bajo un titular en grandes caracteres relativo a la promesa gubernamental de un subsidio de natalidad de 2.500€ aparece el Príncipe Heredero manteniendo relaciones sexuales con su cónyuge por causa de dicha promesa mientras se congratula de que tal acto es lo más parecido a trabajar que ha hecho nunca. O sea, que se tilda al Príncipe, esencialmente, de vago y, por ende, codicioso. Que ambas imputaciones unidas indisolublemente con el dibujo que refleja la situación citada son indudablemente ultrajantes y ofensivas, objetivamente injuriosas sea cual fuere la finalidad que digan perseguir los autores no parece que admita discusión alguna en cuanto encajan exactamente en la clásica definición de injurias de deshonrar, desacreditar o menospreciar a otro.<sup>37</sup>

En cuanto al eventual conflicto con el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información (no olvidemos que se trata de una publicación periódica, aunque sea de corte satírico), reducido en la sentencia a una “supuesta exclusión de la norma penal por un supuesto ejercicio de la libertad de expresión”, el juzgador se ampara, de nuevo, en el concepto de innecesidad, llegando a citar para ello incluso sentencias concretas del TEDH que, en realidad, fueron de condena al Reino de España por violación de la libertad de expresión garantizada por el Convenio 38 y también a afean a los humoristas que

<sup>36</sup> Fernández Sarasola (2019), pp. 372 y ss.

<sup>37</sup> SAN JCP 62/2007, de 13 de noviembre, FJ 2º.

<sup>38</sup> Es el caso de la STEDH (Pleno) de 23 de abril de 1992, *Castells c. España*.

(...) carece de toda lógica, común y jurídica, que se diga criticar o satirizar la promesa gubernamental del subsidio de natalidad (...) y se utilice para ello al Príncipe Heredero (...) una persona que forma parte de aquellas especialmente protegidas por el legislador.<sup>39</sup>

El estudio de este caso permite también reflexionar sobre cuestiones de utilidad de la pena y del efecto disuasorio (“*chilling effect*”) que este tipo de sentencias puede llegar a tener sobre el ejercicio de derechos fundamentales. Sobre la primera cuestión, es indudable que la cobertura mediática dada al proceso judicial abierto contra la revista, incluyendo a la policía que requisaba las revistas de los quioscos de prensa, hizo que una portada que hubiera pasado desapercibida, salvo para los lectores de la revista, deviniese en noticia de apertura de los telediarios en España y en todo el mundo.<sup>40</sup> Con respecto al segundo de los aspectos, si bien *El Jueves* siguió publicando en los años posteriores portadas tanto o más “ofensivas” para el rey, el príncipe y otros miembros de la familia real, llegó en 2014 el delicado momento de la abdicación de Juan Carlos de Borbón y la proclamación como rey de Felipe de Borbón. En relación con este contexto, estaba prevista la publicación de una portada que retrataba al rey que abdicaba colocando una corona llena de heces sobre la cabeza de su sucesor, sin embargo, la editorial RBA impuso una “censura corporativa” y destruyó 70 000 ejemplares de la revista antes de que vieran la luz. Este hecho nos recuerda que la excesiva tutela de los intereses que entran en conflicto con la libertad de expresión puede llegar a convertir este en una “libertad autocercenada”.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> SAN JCP 62/2007, de 13 de noviembre, FJ 3º.

<sup>40</sup> Ramos Fernández (2007), p. 153, que rescata un ejemplificador titular a cuatro columnas del diario *El Mundo* del 21 de julio de 2007: “Del Olmo eleva a noticia mundial un chiste zafio contra la corona”. La noticia llegó a los informativos de CNN, BBC, AL Jazeera, Fox, Sky News y la televisión japonesa (p. 157). Se trata del llamado “efecto Barbra Streisand”, que tiene lugar cuando un intento de ocultamiento o censura no solo no consigue su propósito, sino que es contraproducente, de modo que la información que se pretendía censurar termina por ser más conocida de lo que lo habría sido sin que se la hubiera intentado ocultar. De hecho, *El Jueves* llevaba años publicando portadas, chistes y viñetas dedicadas a la monarquía, con cada vez mayor carácter mordaz, e incluso había publicado un volumen recopilatorio llamado *Tocando los Borbones*. Para una visión histórica del uso humorístico de la imagen del rey en publicaciones como *Cu-Cut*, *Cambio16*, *Caduca Hoy*, o el propio *El Jueves* v. Ramos Fernández (2004), pp. 19-21 y Fernández Sarasola (2019), pp. 372-374. Una visión de conjunto sobre los casos de principios del siglo XXI la da Linda Navas (2009).

<sup>41</sup> Fernández Sarasola (2019), p. 386.

A diferencia de lo que sucedió con *El Jueves*, el mismo juzgador absolvió a los autores de una fotocomposición y un artículo publicados en el suplemento semanal humorístico *Caduca Hoy* del diario *Deia*. Según el relato fáctico de la sentencia:

(...) aparece la imagen de S.M. el Rey con un rifle de caza junto a lo que aparenta ser un oso muerto, que a su vez está apoyado en lo que se da a entender que es un licor rotulándose al margen izquierdo: ‘Mitrofán era un oso de feria, le metieron en una jaula y lo pusieron a tiro al Rey tras emborracharlo con vodka y miel’ (...)

(...) el mismo diario publicó un artículo sobre el mismo tema (...) titulado ‘Las Tribulaciones del oso Yogi’. En dicho artículo se hace aparecer como narrador al citado personaje de dibujos animados y además de verterse fuertes críticas a la caza mayor se satiriza la intervención del Rey en la cacería por considerar cierta la noticia publicada de que el oso abatido había sido previamente emborrachado, empleándose expresiones como ‘por esta vez el rey de Copas no es quien nosotros pensamos sino... el oso Mitrofán’; ‘soberano irresponsable’ (que se enlaza expresamente en propio texto con el art. 56.3 de la CE), se le acusa a S.M. de practicar un ‘reincidente turismo sangriento’ y se solicita que ‘se diera la alarma a los ositos de peluche, incluidos los de Froilán y la cuchipanda no sea que el mequetrefe de su abuelo, despedido por no encontrar ejemplares en la fauna, la empresa a tiro limpio con ellos’. El propio articulista reconoce que la Casa Real ha desmentido rotundamente el incidente pero no da credibilidad al desmentido.<sup>42</sup>

Las razones para la absolución se concretan esencialmente, respecto al artículo, en que “no se considera que el uso puntual de alguna expresión, totalmente desafortunada y excesiva, en el marco general del artículo, pueda alterar la repetida finalidad de criticar a la caza en general y de osos en particular y a la Institución Monárquica, no apreciándose términos “*desmesurados*” en las concretas expresiones y frases intercaladas en el largo texto”; respecto a la fotocomposición, en que en los acusados no se aprecia *animus iniuriandi* y a que se trata de una “caricatura, también feroz y despiadada, [inserta] en un semanario de humor, basada en un hecho que ha sido publicado (independiente de su realidad última) por diversos medios de comunicación, es sátira que puede y debe

<sup>42</sup> SAN JCP 86/2008, de 22 de noviembre.

## Delitos de calumnias e injurias al rey y a otras personas vinculadas a la Corona

enmarcarse dentro de la crítica a un personaje público, como el Rey, que por las circunstancias del caso (cacería) se encontraba fuera del ámbito estricto de su privacidad”, aunque, eso sí, el magistrado advirtió oralmente a los acusados de haber estado “muy cerca de traspasar la delgada línea entre la sátira y la difamación”.<sup>43</sup>

### 2.3. La expresión política en sentido estricto.

#### El caso *Otegi Mondragon*

La posición central que ocupa el discurso político en el contexto de la tutela de la libertad de expresión ha sido amplia y repetidamente reconocida por la jurisprudencia del TEDH al manifestar, por ejemplo, que

(...) preciosa para cada uno, la libertad de expresión lo es muy particularmente para un cargo elegido por el pueblo; él representa a sus electores, da a conocer sus preocupaciones y defiende sus intereses. Por lo tanto, las injerencias en la libertad de expresión de un parlamentario de la oposición, como el demandante, exigen al Tribunal realizar un control muy estricto.<sup>44</sup>

En cuanto a España, en el caso de la Mesa Nacional de HB, el Tribunal Constitucional afirmó que las libertades de expresión e información

(...) operan como instrumento de los derechos de participación política debe reconocérseles si cabe una mayor amplitud que cuando actúan en otros contextos, ya que el bien jurídico fundamental por ellas tutelado, que es también aquí el de la formación de la opinión pública libre, adquiere un relieve muy particular en esta circunstancia, haciéndoles ‘especialmente resistente(s), inmune(s) a las restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar’.<sup>45</sup>

<sup>43</sup> SAN JCP 86/2008, de 22 de noviembre (las cursivas son propias). Quepa resaltar que el juzgador, de nuevo, hace referencia al “criterio de la desmesura” atribuyéndolo erróneamente a una sentencia del TEDH que, en realidad, nada dice al respecto. Sea como fuere, el mismo criterio le sirve al mismo juzgador para condenar en un caso (el discurso del alcalde republicano) y absolver en este, lo cual, por supuesto, es perfectamente posible jurídicamente, pero no deja de dar una idea muy clara de lo sinuosa que es esa “delgada línea entre la sátira y la difamación”.

<sup>44</sup> STEDH de 16 de julio de 2009, *Féret c. Bélgica*, § 65.

<sup>45</sup> STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 15º.

Para descender a lo concreto de la jurisprudencia en materia de injurias o calumnias al rey, hemos de traer a colación el caso de las declaraciones dadas en rueda de prensa por el parlamentario vasco Otegi Mondragon con ocasión de una visita del rey al País Vasco.<sup>46</sup> Los hechos probados se resumen en que, en fecha de 26 de febrero de 2003, el citado diputado realizó las siguientes declaraciones:

¿Cómo es posible que se fotografíen [refiriéndose a los miembros del Gobierno vasco] hoy en día en Bilbao con el Rey español, cuando el Rey español es el jefe máximo del Ejército español, es decir, el responsable de los torturadores y que ampara la tortura y que impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia?<sup>47</sup>

Enfrentado a este caso, el TSJ del País Vasco abuelve en aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre manifestaciones realizadas en el ámbito del discurso político, debido a que, si bien las declaraciones “son claramente ofensivas, impropias, injustas, oprobiosas y ajenas a la realidad”, “no puede excluir el derecho a expresar las ideas y convicciones cuando éste aparezca como un interés preponderante sobre el honor, particularmente cuando se trata de la

<sup>46</sup> Concluyen sobre la preponderancia en este caso de la libertad de expresión: Gómez Corona (2011), Pauner Chului (2011), Serrano Maíllo (2011), Soto García (2012), Martín Herrera (2014, 2018) y Solanes Mullor (2019). En sentido contrario, se afirma que “otro fallo habría sido posible, pese a la jurisprudencia del TEDH (...) si se hubiera considerado la incitación a la violencia y al odio que subyace en las declaraciones o se hubiera considerado la dimensión terrorista de la llamada izquierda abertzale”, v. Sánchez de Diego Fernández de la Riva (2011), p. 19.

<sup>47</sup> Para entender el contexto, las declaraciones tuvieron lugar tres días después de las supuestas torturas al director del periódico *Egunkaria*, cuestión a la que hace expresa referencia la absolución en primera instancia (“La aplicación de la anterior doctrina al supuesto enjuiciado comporta inevitablemente la exclusión de los hechos imputados del tipo penal del artículo 490.3 CP, en la consideración de que las declaraciones se realizaron (...) en el marco inferible en el que se desenvuelve, que es la crítica política al Lehendakari por su formal hospitalidad en el recibimiento ofrecido a S.M. el Rey, D. Juan Carlos I., en las circunstancias que refiere de cierre de la revista *Egunkaria* y detención de sus responsables, además de la denuncia de malos tratos hecha pública por aquéllos, y por tanto, ajeno al núcleo último de la dignidad de las personas, que el ordenamiento jurídico sustrae a toda injerencia de parte de terceros”, v. STJ País Vasco, Sala de lo Civil y de lo Penal, de 18 de marzo de 2005, FJ 2º) y sobre la que, paralelamente y años más tarde, fue condenado el Reino de España por el TEDH porque “las investigaciones llevadas a cabo en el caso presente no lo han sido con la suficiente profundidad”, v. STEDH (Sección 3ª) de 16 de octubre de 2012, *Otamendi Eguiguren c. España*, §41.

formación de la opinión pública en cuestiones político-estatales, sociales, etc.” y, en este caso:

(...) no se trata de una cuestión referente a la vida privada del Jefe del Estado sino del rechazo de la vinculación del poder político fundado en el carácter hereditario de la institución que aquél personalmente simboliza y a la vez del desconocimiento de la autoridad que de ella emana como manifestación de la idea que el autor quiere difundir, en tanto contrario a la forma de Estado adoptada por la Constitución de 1978.<sup>48</sup>

No obstante, recurrida esta primera sentencia en casación, el Tribunal Supremo la revoca, sobre la base de que las declaraciones

(...) expresan un evidente menosprecio a SM el Rey y a la institución que encarna en su persona, afectando al núcleo último de su dignidad, en cuanto le está atribuyendo una de las manifestaciones delictivas más grave en un Estado de Derecho y, por consiguiente, ultrajantes y claramente atentatorios para la honorabilidad, por lo que, en este caso, el ejercicio del derecho fundamental de la libertad de expresión resulta, con toda evidencia, contrario al principio de proporcionalidad y, por lo tanto, absolutamente innecesario, superándose con mucho lo que pudieran considerarse críticas hirientes, molestas o desabridas.<sup>49</sup>

Por su parte, el Tribunal Constitucional inadmite la demanda de amparo, aunque no elude entrar en la cuestión en su extenso auto, que se basa esencialmente en la ya anteriormente mencionada idea de la innecesidad:

(...) [e]n el presente caso el recurrente ha expresado su opinión sobre la institución monárquica, más en concreto sobre la Monarquía española, pero el reproche penal que realizan las Sentencias impugnadas no encuentra su base en el posicionamiento ideológico del recurrente, contrario a la institución monárquica y a la Monarquía española, sino en determinadas expresiones vertidas (...) que, sobre la base de respetar la ideología antimonárquica del recurrente, pueden trasvasar el legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información, para inmiscuirse en el derecho al honor del Rey.

De modo que “es precisamente en la innecesidad de algunas de las expresiones vertidas en dicho artículo, y no en la ideología del recurrente, en las que encuentra su base la condena penal”.<sup>50</sup>

Y llegamos a la sentencia del TEDH en este caso, que es clave en la comprensión de la especial protección otorgado por el Tribunal de Estrasburgo a la libertad de expresión en el contexto del discurso político en sentido estricto, de manera que determina la violación de esta, volviendo así al primer argumento del TSJ, en que “el demandante se expresaba sin duda alguna en su calidad de cargo electo y portavoz de un grupo parlamentario, de modo que sus manifestaciones son parte de la expresión política” y “sus declaraciones se inscribían en el marco de un debate sobre cuestiones de interés público”, de lo cual se deriva que “el margen de apreciación del que disponían las autoridades para juzgar sobre la ‘necesidad’ de la sanción pronunciada contra el demandante era, en consecuencia, especialmente limitado”.<sup>51</sup>

Además, el Tribunal Europeo reconoce expresamente que,

(...) si bien es cierto que todo individuo que se compromete en un debate público de interés general, como el demandante en este caso concreto, no debe superar algunos límites, le está permitido recurrir a una determinada dosis de exageración, o incluso de provocación, es decir, de ser un tanto inmoderado en sus observaciones.<sup>52</sup>

En definitiva, no se admitió la condena por injurias al Rey como necesaria en una sociedad democrática, porque no se había constatado una incitación a la violencia a la luz de las circunstancias concretas del caso, a pesar de que el lenguaje usado fue provocador y hostil.<sup>53</sup>

<sup>48</sup> STJ País Vasco, Sala de lo Civil y de lo Penal, de 18 de marzo de 2005, FJ 2º.

<sup>49</sup> STS Sala de lo Penal (Sección 2ª) 1284/2005, de 31 de octubre, FFJJ 3º y 4º.

<sup>50</sup> ATC 213/2006, de 3 de julio, FJ 2º, que cita a su vez el ATC 19/1992, de 27 de enero, FJ 2º, sobre el caso de un artículo publicado en Egin, supuesto que no es idéntico, dado que Otegi era un representante electo ejerciendo sus funciones de participación en el debate público.

<sup>51</sup> STEDH (Sección 3ª) de 15 de marzo de 2011, Otegi Mondragon c. España, §48.

<sup>52</sup> STEDH (Sección 3ª) de 15 de marzo de 2011, Otegi Mondragon c. España, §54.

<sup>53</sup> V. Teruel Lozano (2017a), pp. 101-102.



#### 2.4. Manifestaciones de rechazo. La quema del retrato de los reyes

El otro caso paradigmático en cuestión de injurias al rey se inició cuando, tras celebrarse un acto de protesta contra la monarquía en la plaza de Vino de Gerona el 13 de septiembre de 2007, y coincidiendo con una visita institucional del rey a dicha ciudad, dos personas colocaron bocabajo una fotografía de gran tamaño de Juan Carlos I y Sofía, la rociaron de líquido inflamable y le prendieron fuego.<sup>54</sup> A la protesta le había precedido una manifestación encabezada por una pancarta que decía “300 años de Borbones, 300 años combatiendo la ocupación española”.

Estos hechos fueron objeto de una condena por parte de la Audiencia Nacional,<sup>55</sup> posteriormente confirmada en apelación.<sup>56</sup> El caso fue recurrido en amparo ante el Tribunal Constitucional, que desestimó el recurso<sup>57</sup> y, finalmente, llegó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que dictó sentencia en la que declaró la vulneración de la libertad de expresión garantizada a los demandantes por el Convenio.<sup>58</sup> En opinión de la doctrina, este itinerario judicial es muestra de la posición debilitada que la libertad de expresión ocupa en nuestros tribunales, incluyendo el TC, en relación con el ámbito de tipicidad de los delitos analizados, en un contexto, el político en sentido amplio, en el que debería tener un amplio alcance.<sup>59</sup> En la primera sentencia, ante la alegación de que los acusados estaban ejerciendo el derecho fundamental a la libertad de expresión, el juzgador alude de nuevo a la idea de innecesaridad: “es obvio que para manifestar el rechazo a la monarquía no es necesario menospreciar a SS.MM. los Reyes, quemando su fotografía, tras haberla colocado deliberadamente bocabajo”, por lo que distingue entre, por una parte, el momento en el

que “los acusados se manifiestan pacíficamente y sin armas (art. 21 CE) coreando gritos antimonárquicos y portando pancartas con expresiones en el mismo sentido” y, por otra parte, “cuando en abuso del ejercicio del derecho se pretende menoscabar y despreciar la dignidad de otro, en este caso, la Institución de la Corona”.<sup>60</sup> En sede de apelación se confirma una vez más que “los hechos enjuiciados exceden del ejercicio de un derecho, el de libertad de expresión en su vertiente de crítica político-institucional, como causa de exención de la responsabilidad criminal” porque la conducta enjuiciada es “innecesaria para defender la opinión de los concentrados y es formalmente injuriosa”.<sup>61</sup> A esta segunda sentencia se formularon dos votos particulares, fundamentados en la naturaleza político-ideológica de la conducta: “el acto de la quema de ‘una fotografía institucional’, aquella que se utiliza en las sedes oficiales y preside los actos públicos, de SS.MM. los Reyes de España, dentro de una concentración o manifestación organizada por plataformas contrarias a la Monarquía como forma de Gobierno, integra en mi opinión una crítica a una causa pública que de manera alguna supone un menosprecio intrínsecamente vejatorio carente de relación con la ideología expresada, sin que afecte al núcleo íntimo de la personalidad”;<sup>62</sup> y en la adecuación del medio a la finalidad perseguida, contrastando con la idea mayoritaria de la innecesaridad:

La crítica [a la Monarquía] se desarrolló mediante la utilización de un lenguaje simbólico propio y adecuado. (...) Prender fuego a banderas, símbolos, fotografías o representaciones iconográficas del poder en manifestaciones callejeras es un hecho normal en nuestro mundo globalizado, una manera de exteriorizar un rechazo radical (...) Quemar una efigie o un icono del poder es un acto ritual (...), persigue poner de manifiesto que ese símbolo de la fuerza estatal es mortal (...). Por ello, el disidente se confronta con la efigie, no insulta, solo expresa rechazo.<sup>63</sup>

Llegados al Tribunal Constitucional, este deniega la demanda de amparo y confirma la compatibilidad

<sup>54</sup> Analizan el caso desde el punto de vista doctrinal y crítico: Teruel Lozano (2017c), Rollnert Liern (2017), González Ballesteros (2018), Matía Portilla (2018), Presno Linera (2018), Marcehena Galán (2018), Al Hasani Maturano (2019) y Cabellos Espiérrez (2019). Se muestra en favor de la tesis de que la quema del retrato está fuera de los límites de la libertad de expresión: Fernández de Gatta Sánchez (2016).

<sup>55</sup> SAN JCP 40/2008, de 9 de julio.

<sup>56</sup> SAN Sala de lo Penal (Pleno), de 5 de diciembre de 2008.

<sup>57</sup> STC 177/2015, de 22 de julio.

<sup>58</sup> STDEH (Sección 3ª) de 13 de mayo de 2018, Stern Taulats y Roura Capellera c. España.

<sup>59</sup> Cabellos Espiérrez (2019), p. 53. En contra, la propia STC 177/2015, de 22 de julio, que distingue este supuesto del caso Otegi precisamente en que los recurrentes “no eran representantes electos, ni formaban parte de ningún grupo parlamentario” (FJ 4º).

<sup>60</sup> SAN JCP 40/2008, de 9 de julio, FJ 3º.

<sup>61</sup> SAN Sala de lo Penal (Pleno), de 5 de diciembre de 2008, FJ 7.

<sup>62</sup> SAN Sala de lo Penal (Pleno), de 5 de diciembre de 2008, voto particular de Guevara Marcos, numeral 4.

<sup>63</sup> SAN Sala de lo Penal (Pleno), de 5 de diciembre de 2008, voto particular de Sáez Valcárcel, numeral 2.

de la sentencia recurrida con la jurisprudencia previa, tanto propia como del TEDH, y ello, esencialmente, sobre la base de tres argumentos:

— el encuadramiento de la conducta en el denominado “*discurso del odio*”, del cual, si bien “las manifestaciones más toscas (...) son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas (...) lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes”,<sup>64</sup>

— la existencia de un “riesgo evidente de que el público presente percibiera la conducta de los recurrentes como una *incitación a la violencia* y el odio hacia la Monarquía y hacia quienes la representan. Aunque no consta que se produjeran incidentes de orden público, la connotación destructiva que comporta la quema de la fotografía de los Reyes es innegable y, por ello, tal acción pudo suscitar entre los presentes reacciones violentas (...)”;

— la *proporcionalidad de la sanción a la entidad del hecho*, dado que “en el presente supuesto la inicial pena de prisión fijada en aplicación de lo previsto en el art. 490.3 CP ha sido sustituida por multa de treinta meses a razón de una cuota diaria de 3 euros, por lo que la cuantía final sería de 2.700 euros”.<sup>65</sup>

Los dos primeros argumentos, imbricados en la fundamentación jurídica de la sentencia, han sido ampliamente criticados por la doctrina, llegando a decirse de ella que supone “defender lo indefendible”<sup>66</sup> y también por algunos de los magistrados disidentes, que arremetieron con inusitada dureza contra el fallo mayoritario.<sup>67</sup> Sobre el tercero, como comprobaremos más adelante, fue el TEDH el que lo contrastó sobre la base de que, aunque la pena fuese de multa, esta habría de sustituirse por una de prisión en caso de impago.

Por una parte, el Tribunal Constitucional actúa como si desconociera el delito por el que los recurrentes en amparo fueron condenados, un delito de injurias contra los reyes, hasta el punto de que justifica

el contenido ofensivo de las expresiones en elementos que nada tienen que ver con el contenido de injusto del mencionado delito.<sup>68</sup> En palabras de la magistrada Asúa Batarrita, la argumentación del Tribunal “aboca, ante todo, a una clara alteración de la calificación jurídica de los hechos, y, a continuación, a una incongruencia omisiva, porque deja sin responder el objeto del amparo”.<sup>69</sup> Igual de contundente resulta otro de los votos particulares, que afirma que la condena resulta “incoherente con el interés protegido por el tipo penal” y critica

(...) que la función que debe desarrollar un tribunal de garantías constitucionales en este tipo de supuestos de reacción penal ante el ejercicio supuestamente incurrido en extralimitación del derecho a la libertad de expresión no puede ser la búsqueda imaginativa de cualquier límite hipotéticamente concurrente que no haya sido el que concretamente justificaba la reacción penal y fue objeto de contradicción en el proceso de instancia.<sup>70</sup>

En este sentido, el Tribunal determinó que

(...) debe advertirse sobre el riesgo evidente de que *el público presente percibiera la conducta* de los recurrentes como una incitación a la violencia y al odio hacia la Monarquía y hacia quienes la representan [...] tal acción *pudo suscitar* entre los presentes reacciones violentas.<sup>71</sup>

Pero lo hizo sin aportar ningún juicio consistente sobre la ofensividad concreta de las conductas que permita determinar que existió un peligro real o una efectiva humillación.<sup>72</sup> De nuevo, el parecer mayoritario se encuentra con la contradicción de los votos particulares: “es ineludible verificar seriamente el eventual riesgo de la escalada violenta, en cuanto a su claridad y a su conexión de inmediatez”.<sup>73</sup> Se advierte

<sup>68</sup> Teruel Lozano (2017c), p. 8.

<sup>69</sup> STC 177/2015, de 22 de julio, voto particular de Asúa Batarrita y Valdéz Dal-Ré.

<sup>70</sup> STC 177/2015, de 22 de julio, voto particular de Xiol Ríos.

<sup>71</sup> STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 5º.

<sup>72</sup> Teruel Lozano (2017c), p. 10.

<sup>73</sup> STC 177/2015, de 22 de julio, voto particular de Asúa Batarrita y Valdéz Dal-Ré, en el que se reclama que el Tribunal el incorpore el test del peligro claro e inminente como «estándar operativo para demarcar el campo del discurso protegido en el marco constitucional e internacional de los derechos humanos», dado que sí reconoce que “cualquier forma de expresión que incite, promueva o propague el odio racial, la xenofobia, u otras formas de odio basadas en la intolerancia, mediante la creación de un clima de hostilidad y

<sup>64</sup> STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 4º. A esta cuestión se dedicará el siguiente epígrafe.

<sup>65</sup> STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 5º. Las cursivas son propias.

<sup>66</sup> Martín Herrera (2018), p. 1.

<sup>67</sup> STC 177/2015, de 22 de julio, votos particulares de Asúa Batarrita y Valdéz Dal-Ré y de Xiol Ríos.

## Delitos de calumnias e injurias al rey y a otras personas vinculadas a la Corona

que las manifestaciones “sólo podrán ser prohibidas cuando existan razones fundadas de su alteración, con peligro para las personas o bienes y no sean fruto de ‘una mera sospecha o posibilidad de que se vayan a producir alteraciones de orden público’”.<sup>74</sup> La condena se habría basado en “argumentos justificativos totalmente descontextualizados y desconectados de una normal interpretación del acto desarrollado por los recurrentes, pues se basa en exacerbar determinados elementos de carácter meramente simbólico”.<sup>75</sup> Como era previsible, los acusados alegaron la violación por parte del Reino de España de la libertad de expresión garantizada por el convenio y, como también era previsible, el Tribunal de Estrasburgo les dio la razón. Se trata de la “crónica de una condena anunciada” para quien conociera, aunque no fuera profundamente, la jurisprudencia del TEDH. En primer lugar, debido a que el Reino de España ya había sido condenado en el antes analizado caso Otegi Mondragón por haber aplicado una restricción a la libertad de expresión desproporcionada y por lo tanto innecesaria, aun cuando aquellos hechos podían ser considerados más graves, puesto que se trataba de la imputación al rey de ser “el jefe de los torturadores”. En segundo lugar, por la ya varias veces analizada amplitud reconocida a la libertad de expresión por parte de cargos públicos y en asuntos del debate público, entre los que expresamente se ha reconocido que están las opiniones sobre los jefes de Estado.<sup>76</sup> Sobre el fondo del caso de la quema del retrato, el TEDH, como suele ser habitual, no puso grandes reparos al cumplimiento de los requisitos de que la restricción de la libertad de expresión esté prevista por la ley y tenga una finalidad legítima. La controversia, por lo tanto, se centra en si la injerencia era “necesaria para una sociedad democrática”.<sup>77</sup>

El Gobierno español sostuvo durante el proceso el enfoque del discurso del odio, en el que, como ya he-

mos adelantado, se basó parcialmente la denegación de amparo constitucional. Los demandantes, por el contrario, alegaban que su condena “no es proporcional a la finalidad legítima perseguida ni necesaria en una sociedad democrática”. Por su parte, el Tribunal concluyó que el caso en cuestión se movía en el ámbito del discurso y el debate políticos, en cuyo contexto los límites de la crítica admisible deben ser incluso más amplios que los relativos a la crítica a particulares, de modo que solo cabe restringir la libertad de expresión en casos de incitación al uso de la violencia o discurso del odio, entendiéndose que el acto de la quema del retrato de los reyes constituyó

(...) una expresión simbólica de una insatisfacción y de una protesta” de la que no se siguieron alteraciones del orden público ni violencia, de manera que una medida restrictiva de un acto así “probablemente perjudicaría al pluralismo, a la tolerancia y al espíritu de apertura sin los cuales no existe ninguna sociedad democrática”.<sup>78</sup>

Por otra parte, en lo que respecta a la sanción penal impuesta, que se trataba de una pena de multa que, como sucede en el derecho penal español, debía ser sustituida por una de prisión en caso de impago, el TEDH considera que,

(...) en las circunstancias de este caso concreto y como ya lo ha dejado asentado en su jurisprudencia, una pena de prisión impuesta por una infracción cometida en el marco de un debate político, por cuanto representa la más fuerte reprobación jurídica de un comportamiento, constituye una injerencia en la libertad de expresión que no era proporcionada a la finalidad legítima perseguida ni necesaria en una sociedad democrática.<sup>79</sup>

### 3. ¿Las injurias al rey como ejercicio de discurso de odio?

La fundamentación jurídica del Tribunal Constitucional respecto al discurso del odio en el caso de la quema del retrato de los reyes estimuló un debate en la doctrina sobre los límites a la libertad de expresión y sobre si era adecuado o no tener en cuenta dicho concepto en la interpretación y aplicación, en general, de

exclusión, generador de un *efecto cierto de amenaza* que perturba el ejercicio de la igualdad de derechos de los miembros de determinados *colectivos socialmente vulnerables*” (cursivas propias).

<sup>74</sup> STC 177/2015, de 22 de julio, votos particulares de Rocas Frías, con cita en la jurisprudencia constitucional en relación con la libertad de reunión y de manifestación.

<sup>75</sup> STC 177/2015, de 22 de julio, voto particular de Xiol Ríos.

<sup>76</sup> Sobre todo ello, v. Presno Lineras (2018), pp. 548-549.

<sup>77</sup> La necesidad de la injerencia en la libertad de expresión en una sociedad democrática (unida a la proporcionalidad entre dicha restricción y el objetivo perseguido) es el tercero de los elementos del llamado “test de Estrasburgo” sobre la conformidad con el Convenio de las medidas que, en limitación de la libertad de expresión, adopten los Estados, v. Serrano Maíllo (2011), pp. 582-584.

<sup>78</sup> STDEH (Sección 3ª) de 13 de mayo de 2018, Stern Taulats y Roura Capellera c. España, §§ 39 y 41.

<sup>79</sup> STDEH (Sección 3ª) de 13 de mayo de 2018, Stern Taulats y Roura Capellera c. España, §42.

los delitos de injurias o calumnias al rey y a personas vinculadas a la Corona y, en particular, en el caso en cuestión de la protesta de Girona.

### 3.1. El discurso de odio como límite a la libertad de expresión

En primer lugar, conviene intentar definir a qué nos referimos y a qué no al hablar de discurso del odio, concepto que ha recibido las críticas de algún sector doctrinal por su imprecisión y equivocidad al señalar que es la discriminación y no el odio el elemento clave para entender la nocividad de este tipo de discursos.<sup>80</sup> En el contexto del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Comité de Ministros lo define, desde un punto de vista general, como:

Todas las formas de expresión que difunden, incitan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de odio racial y de intolerancia, incluyendo: la intolerancia expresada a través de un nacionalismo agresivo y etnocéntrico, la discriminación y la hostilidad contra minorías, los inmigrantes y personas de origen inmigrante.<sup>81</sup>

En este mismo sentido, el TEDH ha reconocido como discurso del odio “todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia (incluida la intolerancia religiosa)”,<sup>82</sup> si bien precisando posteriormente que

(...) la incitación al odio no necesariamente supone una llamada a cometer actos de violencia [...] cualquier ataque contra un *grupo específico de la sociedad*, ya sea por medio de insultos o de declaraciones que busquen ridiculizarlo o difamarlo, es suficiente para que las autoridades privilegien el combate contra los *discursos racistas* frente a la libertad de expresión, cuando ella es ejercida de forma irresponsable y que atenta contra la dignidad, incluso la seguridad, de tales partes o grupos de la población. Los discursos políticos que incitan al odio *basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales*

les representan un peligro para la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos.<sup>83</sup>

Así conceptualizado, este discurso del odio es límite legítimo a la libertad de expresión en casos en los cuales los sujetos aludidos pertenecían a grupos efectivamente vulnerables o discriminados, dado que la Corte europea, “plenamente consciente de la importancia de combatir la discriminación racial bajo todas sus formas y manifestaciones”,<sup>84</sup> ha reiterado, en diversos pronunciamientos, que resulta “necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia” y que “expresiones concretas que constituyen un discurso del odio y [...] que pueden ser insultantes para personas o grupos, no se benefician de la protección del artículo 10 del Convenio”.<sup>85</sup> Más recientemente, la Recomendación General n° 15 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia ha adoptado la siguiente definición:

El uso de una o más formas de expresión específicas -por ejemplo, la defensa, promoción o instigación del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones -basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico, al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual.<sup>86</sup>

<sup>83</sup> STEDH (Sección 1ª) de 16 de julio de 2009, *Féret c. Bélgica*, § 73. Las cursivas son propias, para incidir en que el Tribunal, al hablar de un “grupo específico” está pensando en grupos raciales o caracterizados por motivos o hechos por los cuales son objeto de discriminación.

<sup>84</sup> STEDH de 23 de septiembre de 1994, *Jersild c. Dinamarca*.

<sup>85</sup> SSTEDH de 8 julio 1999, *Sürek c. Turquía*; de 4 de diciembre de 2003; de 8 de julio de 1999, *Gündüz c. Turquía*; en términos similares: STEDH de 16 de julio de 2009, *Féret c. Bélgica*.

<sup>86</sup> V. Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, *Recomendación General n° 15 sobre líneas de actuación para combatir el discurso del odio, de 8 de diciembre de 2015*. Es interesante destacar que esta recomendación ha excluido del concepto discurso del odio la sátira y los informes y análisis objetivos (v. Teruel Lozano, 2017a, p. 85).

<sup>80</sup> Teruel Lozano (2017a), pp. 83-89; Al Hasani Maturano (2019), p. 1327-1329.

<sup>81</sup> Comité de Ministros del Consejo de Europa, Recomendación n. R (97) 20, de 30 de octubre de 1997.

<sup>82</sup> STEDH (Sección 1ª) de 4 de diciembre de 2003, *Müslüm Gündüz c. Turquía*, § 37.

## Delitos de calumnias e injurias al rey y a otras personas vinculadas a la Corona

De estas definiciones podemos extraer una serie de elementos que caracterizan los actos que constituyen discurso del odio, entendido este como una categoría de expresiones que deben ser objeto de una política pública contraria, aunque no necesariamente de una medida de limitación de la libertad de expresión, ni mucho menos necesariamente una sanción penal.<sup>87</sup>

- expresiones que estén dirigidas contra un grupo social especialmente vulnerable en función de una serie de características tales como, pero no solo, la raza, la etnia, la religión, la orientación sexual, etc., cuya vulnerabilidad es fruto de una “desigualdad estructural”;<sup>88</sup>
- que sean ofensivas, insultantes, vejatorias, humillantes, amenazantes o que provocan a la comisión de actos de hostilidad, violencia o humillación;
- y que tengan intencionalidad directa del autor tanto con respecto a la discriminación como con respecto al carácter ofensivo de la expresión.

Esta propuesta, amplía al tiempo que restrictiva y basada en una interpretación teleológica del concepto que respeta el objetivo político-criminal de proteger a colectivos vulnerables, contrasta con la manera en la que nuestro Tribunal Constitucional ha usado el discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el caso de la quema del retrato de los reyes, extendiendo el ámbito del mismo “desde expresiones discriminatorias o amenazantes contra determinados grupos sociales, a otras formas de expresión de intolerancia social o incluso política, hasta supuestos de enaltecimiento del terrorismo”, llegando a constituir un verdadero “cajón de sastre” de cualquier discurso intolerante.<sup>89</sup>

<sup>87</sup> Me baso en los elementos identificados y propuestos por Teruel Lozano (2017a), pp. 86 y ss., como caracterización restrictiva del concepto de discurso del odio. En el mismo sentido: Al Hasani Maturano (2019), p. 1328.

Es necesario recalcar, por otra parte, que la constatación de un acto constitutivo de discurso del odio no debería llevar aparejado necesariamente una reacción penal, sino que también aquí debe regir el principio de *ultima ratio*, tal y como apunta también Teruel Lozano (2017b), pp. 191-193.

<sup>88</sup> Teruel Lozano (2017a), p. 87, que cita a la filósofa Adela Cortina.

<sup>89</sup> Teruel Lozano (2017c), p. 3.

### 3.2. La fallida y criticada aplicación del discurso de odio para salvar la legitimidad de las injurias al rey

En la sentencia que estamos analizando, el Tribunal Constitucional sostiene que la libertad de expresión está limitada, por un lado, por la prohibición del insulto y, por otro, por la prohibición del discurso del odio, de manera que no serían legítimas las expresiones que “propaguen, inciten, promuevan, o justifiquen el odio basado en la intolerancia”, según la jurisprudencia del TEDH a la que ya hemos hecho referencia.<sup>90</sup> Hasta aquí no hay controversia. Es en el momento de aplicar tales límites, pacíficamente aceptados, al caso concreto, cuando la argumentación del Tribunal se vuelve “retorcida” y utiliza un concepto “distorcionado”<sup>91</sup> del discurso del odio, llegando a desnaturalizar la propia categoría y el sentido tuitivo de la misma.<sup>92</sup>

En concreto, el Tribunal Constitucional amplía el concepto hasta abarcar otras facetas de lo que denomina “discurso fóbico”, “siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes”. No estarían amparadas por la libertad de expresión las manifestaciones que “persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo al odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia”, ni las que “incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos”. Tampoco

(...) la utilización de símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con la exclusión política, social o cultural, [que]deja de ser una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto cooperador con la intolerancia excluyente, por lo que no puede encontrar cobertura en la libertad de expresión, cuya finalidad es contribuir a la formación de una opinión pública libre.

La “escenificación lúgubre y con connotaciones violentas” que, según la sentencia, se produce en los hechos lleva al Tribunal Constitucional a ver en el acto de la quema del retrato un “significado netamente incitador al odio”.<sup>93</sup>

<sup>90</sup> STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 2.

<sup>91</sup> Teruel Lozano (2017c), pp. 8 y 9.

<sup>92</sup> Teruel Lozano (2017a), p. 88.

<sup>93</sup> Para todos estos pasajes, v. STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 4.

Para la doctrina, sin embargo, esta operación argumentativa confunde el discurso excluyente o intolerante, en general, con el discurso del odio, en particular, olvidando que una de las características de este debe ser la especial vulnerabilidad del grupo al que se dirige la expresión, tal y como ya adelantamos y como acertadamente ponen de manifiesto los ya citados votos particulares:

(...) equiparar bajo el mismo concepto el discurso antimonárquico —aquí y ahora— con el discurso dirigido a fomentar la discriminación y exclusión social de colectivos secularmente vulnerables, revela una lamentable utilización de conceptos acuñados sobre realidades dramáticas que en modo alguno admiten comparación con los insultos a una institución o a unas personas de tan alta relevancia pública.<sup>94</sup>

Se concluye que los hechos no forman parte del discurso del odio:

La inclusión en el discurso de odio de un acto que, como el que se reprocha en este caso a los demandantes, es la manifestación simbólica del rechazo y de la crítica política de una institución y la exclusión que se deriva del ámbito de protección garantizado por la libertad de expresión conllevarían una interpretación demasiado amplia de la excepción admitida por la jurisprudencia del TEDH —lo que probablemente perjudicaría al pluralismo, a la tolerancia y al espíritu de apertura sin los cuales no existe ninguna ‘sociedad democrática’.<sup>95</sup>

#### 4. Bibliografía

Al Hasani Maturano, Amir, “Presente y futuro de la libertad de expresión en la jurisprudencia comunitaria. Análisis de la sentencia de 13 de marzo de 2018 (Stern Taulats y Roura Capellera contra España)”, en García Álvarez, L. y Martín Rodríguez, J. (dirs.), *El mercado único en la Unión europea: balance y perspectivas jurídico-políticas*, Dykinson, 2019, pp. 1323-1338.

<sup>94</sup> STC 177/2015, de 22 de julio, voto particular de Asúa Batarrita. También el magistrado Xiol Ríos, en el suyo, concluye que “no se puede compartir que la conducta que dio lugar a la condena penal de los recurrentes pueda ser considerada ni calificada como una genuina manifestación del discurso del odio”.

<sup>95</sup> STDEH (Sección 3ª) de 13 de mayo de 2018, Stern Taulats y Roura Capellera c. España, §42.

Alcácer Guirao, Rafael, “Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14-02, 2012, pp. 1-32.

Amponsah, Peter N., *Political Speech and Defamation of Public Figures: A Comparative Analysis of Prevailing Jurisprudence in the United States, the European Court of Human Rights, the United Kingdom and Australia*, tesis de doctorado, Southern Illinois University, 2001, 293 pp.

Anasagasti, Iñaki, *Una monarquía protegida por la censura*, Akal, 2009.

Benítez de Lugo Guillén, José Mariano, “La libertad de expresión y las injurias al rey: abril/2011”, en Id., *Misceláneas jurídicas*, Dykinson, 2018, p. 70.

Cabellos Espiérrez, Miguel Ángel, “En torno a la tutela de instituciones y símbolos en el debate público”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, 113, 2019, pp. 49-83.

Carmona Salgado, Concepción, “Perspectiva despenalizadora de la especial tutela del Honor de la Corona y otras instituciones del Estado. El derecho al honor de las personas jurídicas y demás colectivos. Una cuestión a debate”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 16-17-18, 2017, 17 pp.

\_\_\_\_\_, “A vueltas con las propuestas despenalizadoras de ciertas conductas contra determinadas instituciones públicas, organismos de la nación, emblemas y símbolos”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 119, 2016, pp. 5-38.

Costa, Jean Paul, “La libertad de expresión según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo”, en *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos*, 44, 2001, pp. 243-250.

De Verda y Belmonte, José Ramón, “Discurso satírico y derecho al honor. Comentario a la STEDH de 14 de marzo de 2013 (TEDH 2013,31), caso Eon c. Francia”, en *Revista boliviana de derecho*, 18, 2014, pp. 350-365.

Dopico Gómez-Aller, Jacobo, “El segundo ‘caso Pablo Hasél’”, en *Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, 2021, pp. 393-414.

Fernández de Gatta Sánchez, Dionisio, “Sentencias del Tribunal Supremo 2403/2016, de 7 de junio y 1841/2016, de 28 de abril y otras relacionadas”, en *Ars Iuris Salmanticensis*, 4-2, 2016, pp. 203-207.

## Delitos de calumnias e injurias al rey y a otras personas vinculadas a la Corona

- Fernández Sarasola, Ignacio, “Libertad de expresión y tutela de la Corona: el caso de *El Jueves*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, 43, 2019, pp. 371-387.
- Furió, Antoni, “¿Dónde acaba la libertad de expresión? Límites y amenazas a un derecho fundamental”, en *Pasajes: Revista de pensamiento contemporáneo*, 25, 2008, pp. 5-20.
- García Andrade, Paula, “Delito de injurias a la Corona: los límites al ejercicio legítimo de la libertad de expresión y la libertad ideológica”, comentario a la STS 177/2015, de 22 de julio, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 68-2, 2016, pp. 149-154.
- Gómez Corona, “El prestigio de las instituciones como límite a la libertad de expresión de los ciudadanos: el caso Otegi Mondragón c. España”, en *Civitas: Revista española de derecho administrativo*, 151, 2011, pp. 727-741.
- González Ballesteros, Teodoro, “Injurias a la Corona y Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Cuadernos de Periodistas*, 36, 2018, pp. 134-141.
- Griffen, Scott (dir.), *Defamation and Insult Laws in the OSCE Region: A Comparative Study*, OSCE Representative on Freedom of the Media, 2017, 267 pp.
- Linde Navas, Antonio, “El Rey desnudo. Injurias a la Corona, jueces y libertad de expresión”, en *Claves de razón práctica*, nº 193, pp. 72-82.
- Llobet Anglís, Mariona y Rodríguez Horcajo, Daniel, “Condenado ‘en nombre de Su Majestad, el Rey’ por injurias al Rey: ¿una contradicción?”, en *Iuris: Actualidad y práctica del Derecho*, 201, 1ª noviembre, 2013, pp. 14-18.
- Marchena Galán, Sara María, “Exclusión de las instituciones como objeto del discurso del odio y alcance de la libertad de expresión”, en *Anuario de la Facultad de Derecho la Universidad de Extremadura*, nº 34, 2018, pp. 132-162.
- Martín Herrera, David, “Libertad de expresión: ¿derecho ilimitado según el TEDH? Del discurso del odio al crimen de odio”, en *Estudios de Derecho*, vol. 62/2, 2014, pp. 15-40.
- \_\_\_\_\_, “¿Serán precisas más condenas del TEDH para dejar de proteger lo (in)defendible en España? Crónica de una interminable manipulación del *hate speech* para enmudecer al disidente molesto”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 9, nº 1, 2018, pp. 40-79.
- Martínez Guerra, Amparo, “Delitos contra la Corona”, en Álvarez García, Fco. Javier (dir.), *Tratado de Derecho penal español*, tomo IV (*Delitos contra la Constitución*), Tirant lo Blanch, 2016, pp. 95-140.
- Matia Portilla, Francisco Javier, “Examen de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo que afectan al Reino de España”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 42, 2018, pp. 273-310.
- Muñoz Conde, Francisco y López Peregrín, Carmen, “Derecho penal. Parte Especial”, 22ª ed., Tirant lo Blanch, 2019, pp. 727-729.
- Pauner Chulvi, Cristina, “La defensa de los valores democráticos como límite a la libertad de expresión. Un análisis comparado de la jurisprudencia del TEDH y del TC”, en *Revista de estudios europeos*, nº 58, 2011, pp. 113-132.
- Presno Linera, Miguel Ángel, “Crónica de una condena anunciada: el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* sobre la quema de fotos del Rey”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 42, 2018, pp. 539-549.
- Ramos Fernández, Fernando, “El ‘tabú’ periodístico de la monarquía en España. La crisis real y la crisis conyuntural”, en *Revista Latina de Comunicación Social*, 68, 2013, pp. 217-247.
- \_\_\_\_\_, “El secuestro de *El Jueves* y las injurias periodísticas a la corona, un injustificable ataque a la libertad de expresión”, en *Ámbitos*, nº 16, 2007, pp. 151-186.
- \_\_\_\_\_, “La utilización publicitaria de la imagen del rey y la familia real”, en *Ámbitos*, nº 11-12, 2004, pp. 9-38.
- Ridao Martín, Joan, “Malos tiempos para la libertad de expresión. Una revisión de la praxis jurisprudencial en los delitos de enaltecimiento del terrorismo, injurias a la Corona e incitación al odio”, en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, nº 75, 2018, pp. 10-15.
- Rollnert Liern, Göran, “Las llamas del odio: la quema del símbolo y las incongruencias del Tribunal Constitucional”, en Martín Cubas, J. (coord.), *Constitución, política y administración: España 2017, reflexiones para el debate*, 2017, pp. 67-80.
- Sánchez de Diego Fernández de la Riva, Manuel, “Las injurias al Rey a la luz de la jurisprudencia del TEDH. Sentencia del TEDH Otegi Mondragón contra España (requête nº 2034/07), de 15 marzo

- 2011”, en *Revista General de Derecho europeo*, 24, 2011, 21 pp.
- Serrano Maillo, Isabel, “El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: dos casos españoles”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, 28, 2011, pp. 579-596.
- Soto García, Mercedes, “Los límites de la libertad de expresión en el debate político”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 42, 2021, pp. 575-591.
- Surribas Balduque, Mariona, “La ficción como amparo legal del arte: titiriteros, raperos y libertad de expresión en la España por 15-M”, en *Journal of Spanish Cultural Studies*, 21-3, 2020, pp. 411-428.
- Teruel Lozano, Germán M., “El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del convenio europeo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 27, 2017, pp. 81-106.
- \_\_\_\_\_, “Expresiones intolerantes, delitos de odio y libertad de expresión: un difícil equilibrio”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2017, nº 36, pp. 185-196.
- \_\_\_\_\_, “Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial”, en *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 17, 2017, pp. 1-20.







## Víctima, imputado y medios de comunicación



*Siempre que enseñes, enseña a la vez a dudar de lo que enseñas.  
José Ortega y Gasset*

**José Luis Eloy Morales Brand\***

*Doctor en Derecho. Profesor investigador en Sistema de Justicia Penal y Derechos Humanos, en la Universidad Autónoma de Aguascalientes. Director de la Licenciatura en Derecho de la misma universidad. Experto en Sistema Penal Acusatorio. jlemb@hotmail.com*

**RESUMEN:** Uno de los conflictos constantes en el proceso penal se da en el choque entre los derechos del imputado, la víctima y otros intervinientes con los derechos de información y expresión que ejercen los medios de comunicación; por lo que las y los jueces, demás autoridades y los propios medios de comunicación están obligados a observar los principios y reglas necesarias para evitar el daño a la dignidad y privacidad de los involucrados en el proceso, y buscar un equilibrio entre la difusión de información de calidad que permita desarrollar un debate democrático, pero cuidando que lo comunicado no afecte el debido proceso y genere impunidad.

**PALABRAS CLAVE:** Derechos humanos, Acceso a la justicia, Debido proceso, Intimidad, Medios de comunicación.

**ABSTRACT:** One of the constant conflicts occurs in the clash between the rights of the accused, the victim and the intervening parties with the rights of information and expression exercised by the media; Therefore, judges, other authorities and the media themselves are obliged to observe the principles and rules necessary to avoid damage to the dignity and privacy of those involved in the process, and to seek a balance between the dissemination of quality information that allows a democratic debate to develop, but taking care that what is communicated does not affect due process and generate impunity.

**KEY WORDS:** Human rights, Access to justice, Due process, Privacy, Media.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. El Poder Judicial como garantía. 3. Víctima, imputado y medios de comunicación. 3.1. La libertad de expresión. 3.2. Presunción victimal y presunción de inocencia. 3.3. Víctima e imputado frente a medios de comunicación. 4. Conclusiones. 5. Fuentes de consulta.

## 1. Introducción

La implementación de los sistemas de justicia penal acusatorios en Latinoamérica, tienen la finalidad de lograr una disminución de las violaciones a derechos humanos en la aplicación de la reacción punitiva, las cuales se dan mayormente en las fases de investigación y ejecución, por parte de autoridades de investigación, acusadores y ejecutores.

A pesar de lo anterior, algunos tribunales de control siguen sin definir claramente sus facultades y atribuciones a partir de audiencias de tutela de garantías, dejando el trabajo para los tribunales de otras instancias, al establecer su falta de competencia en casos de afectación a derechos humanos o fundamentales, por lo que existen pocas investigaciones relacionadas con tales facultades, sus alcances y la eficacia de protección. En este sentido, uno de los principales fines del sistema penal acusatorio, es que las y los jueces se conviertan en garantes de los derechos de las personas, siendo las únicas autoridades en las etapas procesales para garantizar la igualdad y la contradicción, por lo que la audiencia de tutela de garantías o de control judicial, resulta ser herramienta mediante la cual las partes solicitan al juez la protección de sus derechos humanos y fundamentales.

En este contexto, expondré el contenido de la tutela de derechos en la protección de la intimidad y privacidad de los involucrados en el proceso, frente a la posibilidad de informar y expresarse de los medios de comunicación a través de un debate democrático y no morboso.

Estos resultados llevarán a la posibilidad de que los procedimientos penales trabajen desde la perspectiva de protección de derechos de los sujetos procesales, sus auxiliares y la misma sociedad, con la finalidad de resolver el conflicto de intereses de la forma más efectiva y menos lesiva para ellos.

## 2. El Poder Judicial como garantía

Los modelos acusatorios responden a un sistema de justicia penal garantista, es decir, a un modelo criminológico basado en el respeto a los derechos humanos,<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Alesandro Baratta es uno de los principales precursores del derecho penal de garantías, en un artículo, publicado en los años ochenta, enumeraba una serie de principios que se refieren a criterios políticos y metodológicos para la descriminalización y para la construcción de los conflictos y de los problemas sociales en una

que se traduce en la tutela de aquellos valores o derechos fundamentales cuya satisfacción, aún contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador de los mecanismos de control social formalizados, entre ellos el sistema de justicia penal.<sup>2</sup>

Ahora bien, en un Estado constitucional de derecho, la garantía fundamental de los derechos humanos y fundamentales es la jurisdicción, los tribunales judiciales, ya que la función judicial es una garantía de todos los seres humanos frente al mismo Estado, al estar dirigido a impedir arbitrariedades y abusos potestativos sobre sus derechos, así como obligar a la autoridad a satisfacerlos.<sup>3</sup>

Siguiendo esta idea, y en virtud de que existen varios sistemas o mecanismos que pretenden reaccionar contra las desviaciones sociales, y algunos se insertan en la estructura del Estado, consecuentemente, será la forma o clase de Estado la que condicione las prácticas de la política criminal;<sup>4</sup> y en un Estado constitucional de derecho, esos mecanismos se ven sustentados en la protección de los derechos fundamentales de las personas a las que va dirigido,<sup>5</sup> al someterse a normas de actuación diseñadas para asegurar la objetividad de la intervención y el respeto de los individuos involucrados en el conflicto.<sup>6</sup>

En el sistema de justicia penal, una vez que los hechos son investigados, deben ser verificados y reco-

forma alternativa a la que ofrece el sistema penal actual. Anitua, Gabriel Ignacio. *Historias de los pensamientos criminológicos*. Primera Edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2005, p. 452.

<sup>2</sup> Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 336.

<sup>3</sup> *Idem*, p. 584.

<sup>4</sup> Bergalli, Roberto. "La instancia judicial", en *El pensamiento criminológico*. Vol. II Estado y Control, Primera Edición, Editorial Temis, Colombia, 1983, p. 73. En el mismo sentido Santiago Mir Puig, cuando afirma que "todo Derecho Penal responde a una determinada Política Criminal, y toda Política criminal depende de la política general propia del Estado a que corresponde". En "Constitución, Derecho penal y Globalización", en *Nuevas tendencias en política criminal -Una auditoría al Código Penal español de 1995-*, Primera Edición, Editorial B de F, Argentina, 2006, p. 116.

<sup>5</sup> Por ejemplo, para el Estado absoluto, la política criminal buscaba proteger al sistema, reestableciendo el orden jurídico afectado, para el Estado intervencionista, la política criminal pretende la defensa del orden social, pues el infractor era una persona anormal y peligrosa -ejemplos de esta política criminal son los estados autoritarios y dictatoriales, donde el delito se identifica como una traición al jefe de Estado, por lo que hay que defenderlo de esos traidores-, para el Estado de bienestar, el objetivo es obtener el consenso a su sistema de valores, por lo que se trata de reincorporar al consenso al desviado.

<sup>6</sup> García-Pablos de Molina, Antonio. *Tratado de criminología*. Tercera edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, pp. 197 y 198.

nocidos por la autoridad judicial como actos punibles, para aplicar la consecuencia jurídica. En este sentido hablamos de un sector jurisdiccional, la autoridad encargada de la aplicación de la norma al caso concreto.

La jurisdicción es una función pública establecida en la Constitución, que tiene por objeto resolver las controversias jurídicas que se plantean entre partes con intereses opuestos, y deben someterse al conocimiento de un órgano del Estado, que decidirá en forma imperativa e imparcial.

El subsector jurisdiccional protege al imputado y a la víctima de la actuación de las autoridades; valora los hechos que son puestos a su conocimiento, y es el único subsector que puede declarar a una persona como culpable.<sup>7</sup> En un sistema penal acusatorio oral, el acusador y la defensa se encuentran controlados por la jurisdicción, quien es el único que puede dar valor a lo que se le presente, que puede autorizar afectación a derechos fundamentales y, por lo tanto, el único que puede declarar la existencia del delito y la culpabilidad de una persona.

La principal garantía procesal es la de jurisdiccionalidad, ya que el proceso se configura como una contienda entre hipótesis en competencia, que el juez tiene la tarea de dirimir, pues la carga de la prueba, en apoyo de la acusación, resulta integrada por la carga de la contraprueba o refutación de las hipótesis en competencia.<sup>8</sup>

Para que esta garantía sea realmente efectiva, debe de estar dotada de imparcialidad, independencia y naturalidad. La imparcialidad es la ajenidad del juez a los intereses de los sujetos procesales, y exige su separación institucional respecto de la acusación pública; la independencia, en su exterioridad al sistema político, demanda su separación institucional de los otros poderes del Estado; y la naturalidad implica que la designación y determinación de competencias del juez, sean anteriores a la perpetración del hecho sometido a su juicio, por lo que requiere de separación de autoridades delegantes de cualquier tipo, y la predeterminación, legal y exclusiva de lo que puede conocer,<sup>9</sup> para impedir intervenciones instrumentales

de carácter individual o general sobre la formación del juez, y la prohibición de las y los jueces especiales y extraordinarios, con la finalidad de garantizar la igualdad de que todos contamos con el derecho de tener los mismos procesos y juzgadores.

La imparcialidad es la falta de prevención a favor o en contra de alguien en el procedimiento. Es la justificación del derecho al juez no prevenido o contaminado que se retoma del modelo español,<sup>10</sup> como derecho fundamental incluido al proceso garantista, pues a través de este se pretende evitar, en aras de la imparcialidad del juzgador, la formación en el tribunal sentenciador de cualquier prejuicio a favor o en contra del imputado, que pudiera adquirir internamente de haber participado instrucción.<sup>11</sup> En consecuencia, el juez que conocerá del caso en la audiencia de juicio oral, será distinto del que controle la investigación y decrete la vinculación, como igual serán distintos las y los jueces que preparen el juicio y ejecuten las sanciones. Lo que se busca es que el juzgador no esté contaminado previamente y no tenga prejuicios al momento de resolver.

También la imparcialidad implica que el juez debe adoptar una postura pasiva respecto de la prueba y la participación de los sujetos procesales; es decir, no actuará oficiosamente ni perfeccionará la actuación de las partes en conflicto, sino que solo atenderá las peticiones que le realicen y las resolverá en los términos que se le hayan planteado, sin suplir la deficiencia de la argumentación.

Por lo anterior, el juez no tendrá la facultad de re-clasificar los hechos<sup>12</sup> para girar una orden de aprehensión, dictar un auto de vinculación o emitir una sentencia; lo cual no significa que quedará atado de manos, sino que los sujetos procesales deberán capacitarse ampliamente para proponer adecuadamente sus peticiones.

La imparcialidad es un hábito intelectual y moral, que no difiere del que debe presidir en cualquier forma de investigación; e implica, entonces, la búsqueda de la verdad y la tutela de los derechos fundamenta-

<sup>7</sup> “La criminalidad, como realidad social, es una cualidad atribuida por las y los jueces a ciertos individuos, los cuales resultan así seleccionados y luego incluidos en las formas de registro habitual de la criminalidad (estadísticas oficiales)”. Bergalli, Roberto. “La instancia...”, *op. cit.*, p. 79.

<sup>8</sup> Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 152.

<sup>9</sup> *Idem*, p. 580.

<sup>10</sup> Sentencia 145/1988 del Tribunal Constitucional Español.

<sup>11</sup> En la actualidad, el juez que ha instruido una causa penal, en modo alguno puede juzgarla, no como juez único, ni formando parte de un tribunal. López Barja de Quiroga, Jacobo. *Tratado de derecho procesal penal*. Primera Edición, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, España, 2004, p. 691.

<sup>12</sup> Gómez Colomer, Juan Luis. *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho*. Primera Edición, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2008, pp. 91 y 92.

### Victima, imputado y medios de comunicación

les, sin ningún interés general o particular, en la solución de la controversia que debe resolver, ya que debe decidir cuál de las hipótesis es falsa o verdadera; no debe ser un personaje de representación, puesto que ningún interés o voluntad, que no sea la tutela de los derechos subjetivos lesionados, debe condicionar su juicio, ni siquiera el interés de la mayoría, ya que juzga en nombre del pueblo, pero no de la mayoría, sino para la tutela de la libertad de las minorías.<sup>13</sup>

En síntesis, el Poder Judicial se configura, respecto a los otros poderes del Estado, como un contra poder, en el doble sentido de que tiene encomendado el control de la legalidad, o la validez de los actos legislativos y administrativos, y la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos, frente a las lesiones que pudieran provenir del Estado.<sup>14</sup>

Se trata de una búsqueda de seguridad jurídica de la persona, al saber que en caso de que se le impute la comisión de un delito, el Estado observará todos y cada uno de los requisitos y elementos previos, tendientes a generarle una afectación válida en su esfera jurídica; es decir, tendrá la certeza de que será acusado por un órgano distinto a aquel que deberá juzgarlo, una vez que haya sido oído en el proceso, y haya aportado los medios de prueba que permitan fortalecer su inocencia. Esto permite una garantía de igualdad de los ciudadanos ante la ley, el aseguramiento de la certeza del derecho penal y, sobre todo, la tutela de las partes ofendidas más débiles.<sup>15</sup>

### 3. Víctima, imputado y medios comunicación

Los medios de comunicación tienen derecho a ejercer su libertad de expresión y exteriorizar un mensaje o contenido; y a su vez, tanto los medios como la sociedad tienen el derecho a la información, que implica contar con datos adecuados para favorecer al libre desarrollo de la personalidad y generar un debate democrático útil para la vida de la comunidad, no uno que etiquete y genere división y pueda incrementar la violencia; pero estos nunca pueden ir en contra del derecho a la privacidad e intimidad de las personas, y en materia penal, si una persona es señalada como autor de un delito, no puede ser presentado como culpable, mucho menos tratarse de esa manera frente a

la sociedad, hasta que exista una sentencia definitiva que lo declare culpable. Por otro lado, la víctima del hecho tampoco puede ser exhibida, y debe protegerse su integridad, para evitar una doble victimización, como veremos en el siguiente apartado.

#### 3.1. La libertad de expresión

Se trata de un derecho mediante el cual sus autores muestran la intención de exteriorizar un mensaje o contenido para producir un debate público,<sup>16</sup> útil para el desarrollo de la personalidad y la comunidad; es decir, para lograr un debate democrático, no morboso, etiquetante, discriminador o cargado de odio. Sintéticamente, democracia significa capacidad de decisión de los ciudadanos en los asuntos públicos e información sobre aquellos ámbitos en los cuales no pudieron decidir,<sup>17</sup> por lo que determinar el contenido de la libertad de expresión exige establecer cuáles mensajes se encuentran constitucional e internacionalmente garantizados para expresar, por lo cual debemos partir de los límites al derecho, que no es absoluto, para con ello, por exclusión, determinar los mensajes que pueden ser expresados.

De acuerdo a los artículos 13.2 de la CADH y 13 del PIDCP, la libertad de expresión tiene como límites el respeto y protección de la reputación o de derechos de los demás, la protección de la seguridad nacional y el orden público, así como la salud y la moral públicas.<sup>18</sup> En este contexto, también el artículo 6 de la Constitución mexicana, que restringe el derecho de libertad de expresión e información en los casos en que se “ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público”.

Si bien no puede existir censura previa de la expresión de información, sino responsabilidades ulteriores, esto se refiere a la prohibición de la censura gubernativa, pero no a la posibilidad de que un juez o tribunal adopte medidas restrictivas de la libertad de

<sup>16</sup> Escobar Roca, Guillermo. “Medios de Comunicación”, cátedra dentro del curso *Democracia y Derechos Humanos*, dentro del Programa de Apoyo a Defensores de Derechos Humanos en Iberoamérica, de la Federación Iberoamericana del Ombudsman, Alcalá de Henares, Madrid, 2008.

<sup>17</sup> *Idem*.

<sup>18</sup> También el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos para proteger, entre otros, la reputación y derechos ajenos, impedir divulgación de información confidencial y garantizar la autoridad e imparcialidad del poder judicial.

<sup>13</sup> Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón...*, op. cit., p. 580.

<sup>14</sup> *Idem*, p. 580.

<sup>15</sup> *Idem*, p. 569.

expresión para evitar el daño o estigmatización discriminatoria hacia terceros.<sup>19</sup>

La libertad de expresión deriva del derecho al libre pensamiento, y por ello se regula su forma de ejecutar con el fin de, en principio, frenar la actividad del Estado que no debe restringir la libertad de expresión, salvo en los casos en que la propia comunidad considera hacerlo.<sup>20</sup> Lo que se pretende es impedir al Estado que imponga sanciones, por la sola circunstancia de expresar ideas, pero también otorgar responsabilidad al que las emite, si de ello derivan consecuencias ilícitas; ya que la información que se exprese debe ser veraz y no manipulada para que los ciudadanos estén en condiciones de participar de forma auténticamente libre e igualitaria en los asuntos públicos.<sup>21</sup>

En los límites a nuestra libertad de expresión convergen tres grupos de derechos humanos y fundamentales: los primeros a cargo del Estado, como obligación de abstenerse de inquirir administrativamente a alguna persona por la sola manifestación de sus ideas, siempre y cuando no haya dado motivo jurídico para hacerlo; los segundos otorgan el derecho a la información de requerir al Estado una obligación de hacer, que consiste en proporcionar todos los datos de sus actividades. Y, finalmente, esta garantía se refleja en que todos los miembros de la sociedad tienen el derecho a recibir información de calidad por parte de los medios masivos de comunicación;<sup>22</sup> y se resalta que es información de calidad, ya que la comunidad tiene derecho a aquella que le permita ajustar su conducta a las razones y sentimientos sugeridos por esa información<sup>23</sup> situación a la cual nos enfocaremos más adelante.

### 3.2. Presunción victimal y presunción de inocencia

La víctima es la persona que directamente es afectada o puesta en peligro en sus bienes jurídicos por la realización del hecho punible. Los ofendidos son aquellos

relacionados con la víctima por cuestión familiar o de parentesco, como cónyuges, concubinos, conviviente, parientes por consanguinidad en la línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, por afinidad y civil, o cualquier otra persona que tenga relación afectiva con la víctima, o fueran dependientes económicos del titular del bien jurídico.

Para ejercer sus derechos, la víctima debe tener acceso a la justicia, lo que implica la solicitud de protección, de declaración o de garantía de la efectividad de un derecho. Este acceso a la justicia existe porque la víctima es un sujeto de derechos, no un objeto del proceso (al igual que el imputado) y, en consecuencia, no se encuentra a la sombra del Fiscal que representa a la acción penal pública, sino que está a la par de este y de quien es acusado por la comisión del hecho punible, con la finalidad de hacer valer sus intereses y sea escuchado en el procedimiento en el cual se resuelva sobre las consecuencias jurídicas del evento.

Por lo anterior la víctima, al tener la posibilidad de dirigirse ante los tribunales a exigir justicia y protección a sus derechos, cuenta con algunas facultades y atribuciones que deben observarse en este nuevo esquema procesal penal acusatorio conforme a la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General de la ONU en resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y las normas nacionales.

Entre esos derechos, en el proceso penal acusatorio aparece la presunción victimal,<sup>24</sup> que implica que todo afectado de un hecho antisocial es víctima u ofendido para efecto de realizar ciertos actos inmediatos y urgentes para su protección y restablecimiento de sus derechos, sin necesidad de que exista una sentencia firme que la califique de esa manera. Basado en la apariencia del buen derecho, no se requiere prueba plena o declaración firme de la existencia del hecho delictivo y de la culpabilidad del responsable, sino que basta la sola probabilidad del hecho o del posible daño, para reaccionar preventivamente a su favor. Esta presunción victimal no opera en todo momento, pues frente a ella existe la presunción de inocencia del imputado, por lo que los derechos enfrentados deben ser equilibrados o en su caso ponderados con base a

<sup>19</sup> Sentencia 187/1999 del Tribunal Constitucional Español.

<sup>20</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada. Décimo Quinta Edición, Tomo I, Editorial Porrúa, México, 2000; p. 92.

<sup>21</sup> Escobar Roca, Guillermo. "Medios de Comunicación", cátedra dentro del curso *Democracia y Derechos Humanos*, dentro del Programa de Apoyo a Defensores de Derechos Humanos en Iberoamérica, de la Federación Iberoamericana del Ombudsman, Alcalá de Henares, Madrid, 2008

<sup>22</sup> *Idem*, p. 94

<sup>23</sup> García, Luis. *Juicio oral y medios de prensa*. Editorial Ad Hoc. Buenos Aires, 1995, p. 91.

<sup>24</sup> Morales Brand, José Luis Eloy. *Juicio Oral. Práctica y técnicas de litigación*. Editorial Troispublient, México, 2018, p.134.

## Víctima, imputado y medios de comunicación

los principios del sistema penal acusatorio, entre ellos el debido proceso y pro homine.

Algunos derechos que surgen de la presunción vicimal, son la no discriminación, protección de integridad física o psicológica, asesoría jurídica gratuita en forma inmediata y permanente, solicitar medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos, se le garantice el pago daño causado en forma real, integral y ágil; pero también que se resguarde su identidad y demás datos personales, y por lo mismo que esa información no sea entregada ni presentada ante los medios de comunicación o ante la sociedad sin su consentimiento, para evitar su revictimización, la contaminación del juzgador y efectos corruptores en el proceso, como lo explicaré en breve.

Ahora bien, en el proceso penal acusatorio la carga de la prueba es exclusiva del acusador, y sus funciones deberá realizarlas con pleno respeto de los derechos fundamentales de los involucrados; de lo contrario sus actividades serán ilícitas y nulas (doctrina del árbol venenoso), y no podrán tener efectos en juicio. Por lo anterior, será nula cualquier prueba originada, encontrada, obtenida, procesada, trasladada, incorporada, admitida o producida con violación de los principios, derechos y garantías previstas en las constituciones, el derecho Internacional de los derechos humanos aplicable, y la normatividad que derive de ellos (reglas décima y décima segunda de las de Mallorca).

Relacionado con la comprobación se encuentra el principio de presunción de inocencia que, más que conceptualizarlo tradicionalmente como “toda persona es inocente, hasta que no se demuestre lo contrario”, implica la garantía del imputado de recibir el trato de no autor o partícipe de un hecho delictivo, hasta en tanto no se demuestre su culpabilidad; es decir, ninguna persona puede ser tratada como culpable hasta que esto no se declare en sentencia definitiva.

La presunción de inocencia es una garantía de la libertad personal, tanto contra la arbitrariedad de los poderes públicos, como contra la reacción vindicativa de la víctima, garantía que debe beneficiar a cualquier delincuente, sea primario o reincidente. Puesto que toda persona se presume inocente, cualesquiera que sean las sospechas o los cargos que sobre ella recaigan, debe ser considerada y tratada como tal, en tanto

su culpabilidad no haya sido aprobada y declarada mediante una sentencia regular y definitiva.<sup>25</sup>

La culpa, y no la inocencia, debe ser demostrada; y es la prueba de la culpa, y no la de la inocencia que se presume desde un principio, la que forma el objeto del juicio. La presunción de inocencia no es solo una garantía de libertad y de verdad, sino también de seguridad o defensa social, al implicar una función simbólica, ofertada por el Estado de derecho, que otorga una confianza de los ciudadanos en la justicia, como un medio de defensa frente al arbitrio punitivo.<sup>26</sup>

El imputado no está obligado a probar que es inocente, sino que es el sujeto acusador, a quien le incumbe la carga de la prueba de los elementos constitutivos del delito y la culpabilidad del responsable; así, el acusado no puede ser obligado a confesar en su contra, por lo que las legislaciones afectan de nulidad todas aquellas confesiones obtenidas por medios ilícitos. Hasta la existencia de la sentencia ejecutoriada de condena, se afirmará que la presunción ha desaparecido, y que tenemos a un culpable, al que se podrá privar de sus derechos, en los términos de la decisión jurisdiccional.<sup>27</sup>

En consecuencia, no basta que el órgano jurisdiccional reciba una mínima actividad probatoria; es decir, que se hayan practicado pruebas y que el representante social haya desplegado el máximo celo en investigar el hecho punible y atribuírselo a su autor; sino que es necesario que el resultado de la actividad investigadora pueda ser considerada, en forma racional, como un dato pleno incriminatorio o de cargo, y no de descargo. La presunción de inocencia desplaza la carga probatoria al sujeto procesal acusador, a quien corresponde demostrar los elementos de la pretensión acusatoria; en consecuencia, corresponde a la acusación, y no a la defensa, la realización de la actividad probatoria de cargo, necesaria para desvirtuar esa presunción.<sup>28</sup>

Esta garantía se incluye en los artículos 11.1 de la DU, 14.2 del PIDCP, XXVI de la DA, y el principio 36 del Conjunto de Principios para la Protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión, de la Asamblea General de

<sup>25</sup> Cárdenas Rioseco, Raúl. *La presunción de inocencia*. Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 2006, p. 117.

<sup>26</sup> Ferrajoli Luigi. *Derecho y razón...*, op. cit. p. 549.

<sup>27</sup> Zamora Pierce, Jesús. *Garantías y proceso penal*. Editorial Porrúa, México, 2003, p. 423.

<sup>28</sup> Cárdenas Rioseco, Raúl. *La presunción...*, op. cit. p. 123.

las Naciones Unidas, emitida mediante resolución 43/173; y se refleja como regla de tratamiento del imputado, que restringe al máximo la limitación de la libertad personal, y como regla de juicio, que impone la carga acusatoria de la prueba al Estado, hasta la absolución en caso de duda.

Como norma de tratamiento del imputado, las medidas restrictivas graves, como la prisión preventiva, dejan de ser la regla general, para convertirse en una excepción, ya que solo serán aplicadas como última opción y lo menos lesivo posible, en caso de peligro real para la víctima o la sociedad, o por obstaculizar la investigación o el imputado pueda evadirse de la acción de la justicia.

El problema radica en que la alarma social causada por el hecho de que un detenido no sea castigado en forma inmediata, es un argumento del que se valen la mayoría de los defensores de la prisión preventiva “para que sirva de escarmiento”; tal vez eso sea verdadero, pues parte de que la sociedad relaciona el castigo con la prisión preventiva; pero fue en contra de esta idea, por lo que se instauró el procedimiento penal, que no sirve para tutelar a la mayoría, sino para proteger de la mayoría a los individuos que aún no pueden ser considerados culpables.<sup>29</sup>

También exige que las normas se ocupen de que los efectos ético-sociales descalificantes de la pena no se den durante el proceso, sino hasta la condena firme; por ello deben restringirse en la mayor medida posible las afectaciones a los derechos de personalidad, honor, libertad, propiedad, etc., que sufra el imputado aún no declarado culpable.<sup>30</sup> En consecuencia, el imputado no puede presentarse como culpable ante los medios de comunicación, ni permitirse que estos lo exhiban de esa manera, para respetar que es inocente hasta que no se emita sentencia de culpabilidad, lo cual también opera a favor de las víctimas.

Por ejemplo, una forma de respetar la inocencia de una persona sería la de su traslado ante un juzgador por el tiempo estrictamente necesario para escucharlo en una audiencia inicial. Una medida de este tipo, además de que produciría una limitación de la libertad personal mucho más breve que la prisión preventiva, tendría mejores efectos públicos y reduciría las consecuencias infamantes de la acción penal, que

hoy constituye uno de los aspectos más humillantes y aflictivos del sistema; ya que la única noticia que llegaría a la sociedad sería la de que un ciudadano ha sido conducido ante un juez, para ser escuchado acerca de un hecho investigado,<sup>31</sup> pero no porque ha sido declarado culpable de haberlo cometido, como hasta en la actualidad se sigue manejando en los medios de comunicación, con la tolerancia de las autoridades, que aprovechan la desinformación como forma de justificación de la supuesta lucha contra la delincuencia, presentando a los detenidos como culpables altamente peligrosos.

Como regla de juicio aparecen los principios de la duda y la carga probatoria, que implican que el juez requerirá adquirir certeza de la culpabilidad del imputado para poder condenarlo, pues de lo contrario, con una mínima duda que le surja al realizar la valoración del caso, la inocencia no ha sido controvertida y se mantiene vigente; es por ello que el juez no declara inocencia, pues esta se encuentra declarada desde el inicio del procedimiento, de ahí que lo que deba declarar es la culpabilidad. Por lo anterior, el acusador, público o particular, debe demostrar, más allá de toda duda razonable, que el imputado cometió un hecho delictivo.

En este sentido, quien niega la inocencia de la persona, debe comprobar que es culpable, de ahí que la carga probatoria sea del acusador, no del imputado.<sup>32</sup> Así, no puede trasladarse dicha obligación o carga al acusado, que inclusive no tiene obligación de aportar pruebas para evidenciar su coartada o argumentos de defensa, sino que tiene un derecho de probar, que él decidirá si lo ejerce y de qué manera. El imputado y la defensa, además de no tener la obligación de probar, mucho menos deben demostrar plena o fehacientemente alguna situación, pues en estrategia defensiva, se puede generar una simple duda, y una sola argumentación o contraprueba, es suficiente para

<sup>31</sup> Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón...*, op. cit. p. 557.

<sup>32</sup> SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO Y ORAL. PARA VINCULAR A PROCESO AL IMPUTADO, CORRESPONDE AL MINISTERIO PÚBLICO LA CARGA DE ESTABLECER EL HECHO QUE LA LEY SEÑALA COMO DELITO Y LA PROBABILIDAD DE QUE AQUÉL LO COMETIÓ O PARTICIPÓ EN SU COMISIÓN, AUN CUANDO SU RELATO DEFENSIVO SEA IMPERFECTO Y CAREZCA DE RESPALDO PROBATORIO PLENO. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL QUINTO CIRCUITO. Amparo en revisión 347/2016. 29 de septiembre de 2016. Unanimidad de votos. Ponente: Mario Toraya. Secretaria: Yanitt Quiroz Vanegas.

<sup>29</sup> Morales Brand, José Luis Eloy. *La declaración del imputado; medio de defensa o prueba de cargo*. Universidad Autónoma de Aguascalientes, México, 2006, p. 156.

<sup>30</sup> García, Luis. *Juicio oral...*, op. cit., p. 41.



destruir una acusación, pues el acusador es el que tiene que demostrar más allá de toda duda razonable, con plena convicción, y no es la defensa o el imputado quien debe generar esa plena convicción;<sup>33</sup> con mayor razón, no puede tomarse la inactividad como falta de defensa (estrategia de defensa pasiva), con pretexto de obligarlo a aportar prueba. Además de que el legislador no debe crear normas penales que impliquen una presunción de culpabilidad, ni la autoridad interpretar de esa manera, y se obligue al acusado a demostrar hechos concretos (su inocencia), como en el supuesto de que acredite la legítima propiedad de un objeto o que no tenía conocimiento de ilicitud (no se le puede revertir la carga probatoria). Cuando una norma establece una presunción de ilicitud (por ejemplo, presumir la mala fe en un encubrimiento por receptación), implica una presunción de culpabilidad, porque el imputado debe aportar las pruebas que demuestren lo contrario, sin que el Ministerio Público tenga que aportar nada, pues la carga probatoria ha sido trasladada a otro sujeto procesal.<sup>34</sup>

Finalmente, de la presunción de inocencia surge la “prohibición de provocar situaciones para que el imputado genere prueba contra sí mismo”,<sup>35</sup> que implica que la autoridad no puede inducir a actividades para que el investigado, por error o ignorancia, aporte prueba que lo autoincrimine, sin tener el conocimien-

to informado de la actividad, la información, y el destino que se le pueda dar (por ejemplo, si el investigado no quiere aportar muestra corporal, la autoridad no puede generar condiciones para que le den ganas de orinar, tome algún utensilio y deje muestra de fluido sin darse cuenta, o esperar a que salga de la celda para tomar cabellos; tampoco puede engañarlo en firmar documentos para tomar muestra de escritura; practicarle una entrevista como testigo, haciéndole creer que no se le está investigando, para luego acusarlo y utilizar esa información; hacerlo hablar o emitir sonidos para un reconocimiento; obligarlo a entrevistarse para exámenes psicológicos o periciales; emplear oficiales encubiertos que provoquen la participación del investigado en un hecho delictivo; etcétera, pues en estos casos el destino final de la información es parte de la vida privada de la persona, y no tiene un objetivo consciente de crear evidencia en su contra).

### 3.3. Víctima e imputado frente a medios de comunicación

¿Qué relación tienen la presunción victimal y de inocencia con el trabajo de los medios de comunicación? Para ello debo precisar lo que implica el principio de publicidad en un esquema acusatorio, y así determinar si la libertad de expresión y la información que se maneja por los medios masivos, puede incluir los datos personales, íntimos y privados de las víctimas e imputados, y si ello produce algún efecto en el proceso, para entonces establecer la tutela de derechos que las y los jueces deben ejercer.

El principio de publicidad tiene dos vertientes relacionadas con que el caso debe llevarse a cabo y analizarse públicamente para lograr la transparencia de las actuaciones y decisiones de las autoridades.<sup>36</sup> La primera en el sentido de que ninguna actuación o tarea indagatoria, jurisdiccional o de ejecución, pueden ser oculta a los sujetos procesales; por lo que se reduce la posibilidad de decretar secreto o reserva de la investigación. La segunda, respecto a la sociedad que puede asistir a las sesiones públicas de los tribunales, para legitimar el trabajo de las partes y las autoridades;<sup>37</sup> es decir, existe en función del control democrático de las decisiones, y se entiende como ga-

<sup>33</sup> PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y DUDA RAZONABLE. FORMA EN LA QUE DEBE VALORARSE EL MATERIAL PROBATORIO PARA SATISFACER EL ESTÁNDAR DE PRUEBA PARA CONDENAR CUANDO COEXISTEN PRUEBAS DE CARGO Y DE DESCARGO. Cuando en un proceso penal coexisten tanto pruebas de cargo como de descargo, la hipótesis de culpabilidad formulada por el Ministerio Público sólo puede estar probada suficientemente si al momento de valorar el material probatorio se analizan conjuntamente los niveles de corroboración tanto de la hipótesis de culpabilidad como de la hipótesis de inocencia alegada por la defensa. Así, no puede restarse valor probatorio a las pruebas de descargo simplemente con el argumento de que ya existen pruebas de cargo suficientes para condenar. En este sentido, la suficiencia de las pruebas de cargo sólo se puede establecer en confrontación con las pruebas de descargo. De esta manera, las pruebas de descargo pueden dar lugar a una duda razonable tanto cuando cuestionen la fiabilidad de las pruebas de cargo, como en el supuesto en que la hipótesis de inocencia efectivamente alegada por la defensa esté corroborada por esos elementos exculpatorios. Así, la actualización de una duda razonable por cualquiera de estas dos razones impide considerar que las pruebas de cargo son suficientes para condenar. Tesis de jurisprudencia 2/2017 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha siete de diciembre de dos mil dieciséis.

<sup>34</sup> Morales Brand, José Luis Eloy. *La declaración...*, op. cit., p. 197.

<sup>35</sup> Morales Brand, José Luis Eloy. *Juicio Oral...*, op. cit., p. 119.

<sup>36</sup> *Idem*, p. 110.

<sup>37</sup> Roxin, Claus. *Derecho procesal penal*. Ediciones Didot, Buenos Aires, 2019, p. 313.

rantía de la transparencia de la decisión del tribunal, pues se traduce en la posibilidad de que las actuaciones sean presenciadas por la sociedad en general.<sup>38</sup>

Así se busca lograr establecer un control de la autoridad, en el sentido de que sus decisiones no pueden ser negociadas o realizadas sin que las personas se den cuenta del fundamento y motivo de su realización. De igual manera, ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso, con alguna de las partes, sin que la otra esté presente.

El Tribunal Constitucional Español ha estimado<sup>39</sup> que la publicidad protege a las partes de una justicia sustraída al control público, y además mantiene la confianza de la comunidad en los tribunales. Pero no todas las actuaciones son públicas, pues el secreto en algunos casos cumple fines de protección a los sujetos procesales, como a la investigación. Por ello, en casos en donde se busque proteger la intimidad y privacidad de la víctima, el imputado, derechos de terceros, secretos industriales, o información de seguridad nacional o pública, el procedimiento podrá dejar de ser público, pero tan solo para la sociedad, pues nunca puede ser oculto o secreto para la acusación, la víctima, el imputado y la defensa.

Ahora bien, si el principio de publicidad es uno de los mecanismos que tienen las personas para ejercer el control de las autoridades, es innegable que los medios de comunicación pueden llegar a ser un instrumento democrático que favorezcan el cumplimiento con efectividad del principio, siempre y cuando se limiten a otorgar información objetiva del hecho, exenta de todo comentario que exceda una sincera y clara explicación;<sup>40</sup> esto en razón de que ante las realidades sociales donde la distancia de los tribunales, la falta de transporte público, el desarrollo de los juicios en horas de trabajo, y pocos recursos para subsistir (es preferible alimentarse que ir como público a juicios), los medios de comunicación ayudan a la transmisión mediata de la información relacionada con cuestiones de seguridad y hechos delictivos.

El problema es que esto es un ideal, ya que en la actualidad no podemos dejar a un lado los peligros

que derivan del diferente grado de interés que los procesos penales despierten en la opinión pública y el tipo de expectativa que debe ser satisfecha;<sup>41</sup> pues además de que los medios de comunicación no sustituyen ni equivalen a la publicidad inmediata del juicio, donde el público recibe una fuente directa de información libre de selecciones y valoraciones previas, con lo que se garantiza que cada quien vea por sí mismo lo que ocurre; los medios dan una información que no es neutral, pues no solo difunden hechos, sino sus particulares interpretaciones<sup>42</sup> determinadas por la selección de las percepciones fundadas en razones psicológicas, técnicas comerciales, estéticas o ideológicas<sup>43</sup> para satisfacer la expectativa que quiere un público determinado; por ello, regularmente, su labor es según pautas distintas a las de los procedimientos legales, presentan los casos de manera determinada por las limitaciones de tiempo y espacio, utilizan otros lenguajes y extraen sus conclusiones de acuerdo a circunstancias no necesariamente admisibles o válidas en los juicios.<sup>44</sup>

Varios medios de comunicación, casi siempre los más populares, seleccionan la información para lograr un interés más amplio en ser escuchados. No solo presentan hechos, sino una porción recortada de ellos, según sus ideas personales,<sup>45</sup> y empleando palabras con tendencias estigmatizantes, parciales y denigrantes.<sup>46</sup> Estos medios tienen su peculiar manera de comunicar la información para vender su producto y presentarlo de tal modo que resulte apetecible para el público,<sup>47</sup> sin importarles que distingan entre información verdadera, exagerada o falsa.<sup>48</sup>

La opinión pública es muy distinta a la opinión publicada acerca del proceso penal, que regularmente difunde consecuencias negativas al incentivar pavor al delito y publicitar comportamientos agresivos y violentos, para presionar al incremento de sancio-

<sup>41</sup> Hassemer, Winfried. *Fundamentos de derecho penal*. Editorial INACIPE-Bosch; México, 2018, p. 204.

<sup>42</sup> García, Luis. *Juicio oral...*, *op. cit.*, p. 29.

<sup>43</sup> *Idem*, p. 30.

<sup>44</sup> *Idem*, p. 31.

<sup>45</sup> *Idem*, p. 32.

<sup>46</sup> Schneider, Hans Joachim. *La criminalidad en los medios de comunicación de masas*. Cuadernos de Política Criminal, Dykinson, España, 1989, p. 86.

<sup>47</sup> Bustos Ramírez, Juan. "Los medios de comunicación de masas", en *El pensamiento criminológico. Vol. II Estado y Control*, Editorial Temis, Bogotá, 1983, p. 54.

<sup>48</sup> Slokar, Alejandro. *Publicidad de juicio y libertad informativa*. Jurisprudencia Argentina, Argentina, 1994, p. 814.

<sup>38</sup> Armenta Deu, Teresa. "Aspectos relevantes del sistema de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación en el derecho español", *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal. Sistemas de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación*. Volumen IV, Primera Edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, p. 324.

<sup>39</sup> Sentencia 96/1987 del Tribunal Constitucional Español.

<sup>40</sup> García, Luis. *Juicio oral...*, *op. cit.*, p. 29.

### Victima, imputado y medios de comunicación

nes penales y su cumplimiento,<sup>49</sup> pues los medios de comunicación son mecanismos de control social informales,<sup>50</sup> y algunos son empleados por el Estado para publicitar su política criminal<sup>51</sup> y generar percepciones favorables a sus acciones u omisiones.

En virtud de que se sigue pensando al derecho y proceso penal como remedios exclusivos y exhaustivos de cualquier infracción del orden social, de la gran criminalidad ligada a degeneraciones de la sociedad y sistema político, a las menores transgresiones de leyes que, cada vez con más frecuencia, son sancionadas penalmente, por la conocida ineficacia de los controles y sanciones no penales,<sup>52</sup> la presunción de inocencia y victimal son derechos secundarios.

Algunas entidades policiales, investigadoras y acusadoras siguen realizando ruedas de prensa u otorgan información a los medios de comunicación sobre la detención de personas por la posible comisión de un delito, y son presentados como delincuentes consumados; se prejuzga el estado del proceso, y además se asegura que el imputado reconoció el delito atribuido; y si posteriormente es dejado en libertad, se forma la idea social de corrupción en el Poder Judicial, puesto que no se explica cómo el delincuente consumado y confeso ha sido liberado. Es decir, el sector policial informa que el Poder Judicial “es corrupto y genera impunidad e indignación” ya que “libera a delincuentes valiéndose de tecnicismos legaloides”; pero no informa que las y los jueces existen en nuestro Estado de derecho no para cumplir los caprichos del Poder Ejecutivo o de los legisladores, sino para proteger a las personas de las arbitrariedades de las autoridades, respetando y haciendo valer sus derechos humanos.

El mensaje proyectado a través de los medios de comunicación es que las personas no tienen derechos, y no pueden existir instituciones que los protejan; todos son enemigos del Estado y deben ser tratados como tales; por lo que se siguen ejecutando acciones para acusar a toda costa y presentar a las personas como culpables ante los medios de comunicación,

para dar una apariencia de cumplimiento de trabajo en la reacción contra el delito, que tranquilice a la sociedad a través de creencias, más que percepciones reales.

Regularmente en esa información se observa la clara tendencia a tratar a los imputados como culpables para dejarlos en prisión preventiva, sin importar si en verdad cometieron o no un delito. Por otro lado, no solo sino en el periplo como a los ladrones detenidos ya son delincuentes consumados, se les “comprueban” diversos delitos cuando aún siguen detenidos en celdas ministeriales, y, lo peor del caso, es que, a pesar de que ya está plenamente comprobado que cometieron ilimitados delitos, apenas comienza la investigación; con lo que vemos la gran capacidad de agentes policíacos para obtener confesiones, lo que da seguridad al periodista para publicar que un detenido es un ladrón u homicida plenamente confeso. Con ello se debilita la confianza en las autoridades judiciales, pues la sociedad no entiende cómo es posible que los consumados y confesos delincuentes sean liberados.

Con el pretexto de la libertad de expresión y el derecho de la sociedad de conocer lo que sucede en su entorno, se genera la estigmatización de las personas, pues tiene más valor la información que sale en medios de comunicación que las resoluciones de un juez. Al informar que una persona fue detenida y trasladada ante un tribunal, lo único que se provoca son consecuencias infamantes y humillantes en la persona, pues la noticia que llega a la sociedad es que una persona “confesa” va a ser enjuiciada, como se sigue manejando en los medios con la tolerancia de las autoridades, que aprovechan la desinformación como forma de justificación de la supuesta lucha contra la delincuencia, presentando a los detenidos como culpables altamente peligrosos.

En este contexto, cuando los medios de comunicación difunden información sobre víctimas e imputados, además de circunstancias del hecho que está en proceso, esa publicidad afecta la intimidad y reputación de las personas que intervienen de una manera mayor e incontrolable, que la que deriva de la percepción directa en una sala de audiencias.<sup>53</sup> La difusión puede ser tan intrusiva en la imagen y vida de las personas que están obligadas a tomar parte en el proceso, que se convierte en una injerencia considerable en su

<sup>49</sup> Schneider, Hans Joachim. *La criminalidad...*, op. cit., p. 93.

<sup>50</sup> Existen sistemas de control social carentes de garantías contra el abuso y la arbitrariedad. Uno de ellos es el control social disciplinario, autorregulado con sujeción a rígidos conformismos que operan por medios como la autocensura, la policía moral, los linchamientos de opinión y la demonización pública. Ferrajoli, Luigi. *Derecho...*, op. cit., p. 339.

<sup>51</sup> Binder, Alberto. *Justicia penal y Estado de Derecho*. Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 270.

<sup>52</sup> Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón...*, op. cit., p. 562.

<sup>53</sup> García, Luis. *Juicio oral...*, op. cit., p. 42.

ámbito de intimidad y en su derecho a determinar el uso que se da de su imagen e información.<sup>54</sup>

El derecho a la privacidad incluye la posibilidad de realizar acciones privadas ilimitadas que no dañan a terceros y que por lo mismo no pueden ser calificadas por una moral pública o autoridad; el derecho a la intimidad se traduce en la esfera de la persona que está exenta del conocimiento de los demás,<sup>55</sup> como lo son sentimientos, hábitos y costumbres, relaciones familiares, situación económica, creencias religiosas, salud mental y física, y todos los datos reservados al propio individuo, cuya divulgación sin su consentimiento produce un peligro real e inminente para su intimidad y plan de vida.<sup>56</sup>

Siguiendo a Hans Ullrich Gallwas, el libre desarrollo de la personalidad asegura la esfera personal de vida y la conservación de sus condiciones, como el ámbito privado, íntimo y secreto (artículos 1 y 6 de la Constitución Mexicana, 11 de la CADH y 17 del PIDCP), el honor, el derecho a disponer como se presentará la personalidad, el control de la propia imagen y sus palabras, así como la comunicación y empleo de los datos personales;<sup>57</sup> y quien no puede prever con seguridad qué información personal es conocida en el medio social, y quien no pueda calcular el conocimiento del otro partícipe de la comunicación, no puede efectuar planes ni decidir según su propia autodeterminación.<sup>58</sup> La imagen es la emanación de la personalidad y se protege la auto determinación del individuo en el modo en que se quiere presentar públicamente, por ello toda difusión de su imagen contra su voluntad es un ataque ilícito, ya que el anonimato está implicado en su derecho a la intimidad<sup>59</sup> (si para obtener una imagen como medio de prueba, se requiere autorización de la persona, y en caso de no darla puede acudir a tutela judicial; con mayor razón se requeriría su consentimiento informado, debidamente asesorado y en presencia de abogado, para que se le tome imagen y se difunda a través de medios de comunicación,<sup>60</sup> de lo contrario su anonimato sale de su control sin justificación).

En síntesis, la privacidad e intimidad involucra la decisión personal de determinar quiénes y en qué condiciones tomarán conocimiento de ciertos aspectos de la vida personal;<sup>61</sup> por ello hay que ser cuidadosos cuando se trata de defender todo a través de la libertad de expresión y el derecho a la información, pues ni las normas constitucionales o el derecho internacional de los derechos humanos permiten un derecho de acceso a información sin restricciones, sino que las razones de seguridad estatal y el derecho a la privacidad de las personas entran en colisión con las pretensiones de los medios de comunicación al querer acceder a toda fuente de información,<sup>62</sup> por lo que la libertad de expresión, de prensa y de acceso a la información no otorga inmunidad cuando se afecta a particulares más allá del interés general protegido por el debate democrático.

La publicidad, como garantía, de ninguna forma autoriza que se difundan voces, imágenes o actitudes de los involucrados que tienen que presentarse obligatoriamente a las diversas instancias del procedimiento penal. Es por eso que el procedimiento no deja de ser público cuando se limita difundir la información más allá del propio proceso, pues la sociedad puede observar lo que ocurre en la audiencia, ejerciendo así su derecho. Esto ¿por qué?, simplemente debemos estar conscientes que la presencia de imputados, víctimas, testigos, investigadores y peritos en el procedimiento y audiencias no es voluntaria; tienen la obligación de comparecer y en algunos casos el deber de declarar y contar sus vivencias; hay muchas cosas que las personas preferirían no decir ni hacer, y mucho menos en público<sup>63</sup> (percepciones personales, pensamientos, relaciones familiares y sociales, etc.). Las personas pueden tener legítimo interés de excluir del conocimiento de otros, ciertas cosas que le suceden o que deben soportar en contra de su voluntad.<sup>64</sup>

Así, se deduce que en el momento en que los legisladores reconocen la garantía de publicidad de los procesos, ponderaron la posibilidad de que la presencia del público influye en todos los intervinientes en el desarrollo del debate (víctima e imputado, testigos,

<sup>54</sup> *Idem*, p. 46.

<sup>55</sup> Nino, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2017, p. 327.

<sup>56</sup> García, Luis. *Juicio oral... op. cit.*, p. 101.

<sup>57</sup> *Idem*, p. 67.

<sup>58</sup> *Idem*, p. 71.

<sup>59</sup> Cifuentes, Santos. *Elementos de derecho civil*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 79.

<sup>60</sup> “Quien obtiene un retrato de la imagen de otro se entromete

en su ámbito de intimidad, pues penetra o se mete donde no se lo llama”. Llambias, Jorge. *Código civil anotado*. Abeledo Perrot, Argentina, 1998, p. 310.

<sup>61</sup> Cifuentes, Santos. *Elementos...*, *op. cit.*, p. 116.

<sup>62</sup> García, Luis. *Juicio oral...*, *op. cit.*, p. 92.

<sup>63</sup> *Idem*, p. 135.

<sup>64</sup> *Idem*, p. 136.

Victima, imputado y medios de comunicación

partes procesales y tribunales), al ser humanos subjetivos y emocionales; riesgo asumido para que los juicios no se lleven en la clandestinidad. Pero el legislador de ninguna manera permite la posibilidad, por lo menos a nivel normativo, de la influencia o presión que un malentendido derecho a la información o de libertad de expresión ejerzan en los mismos intervinientes y perjudiquen sus derechos y el desarrollo objetivo, imparcial y justo del proceso penal, al difundir sus datos, imagen y elementos del hecho de una manera incompleta y con fines específicos diversos a la justicia.

Con la difusión indiscriminada de información de la causa y de los involucrados se afectan varios derechos como:

- La privacidad e intimidad, reputación, el derecho a sentirse en soledad, además de la integridad física y mental, pues ningún interés público justifica publicitar la imagen, el sufrimiento o agonía, y menos a explotar la desgracia ajena;
- La seguridad personal de involucrados y testigos directos o indirectos, pues la exposición de sus datos personales pueden ponerlo en peligro; y en virtud de que no pueden negarse a comparecer al juicio, por lo menos se les debe asegurar la protección de su integridad física y moral, al igual que las de sus familias;<sup>65</sup>
- La presunción victimal y de inocencia, al relacionarse a personas con “delitos” que ni siquiera han sido acreditados o cuyas resoluciones judiciales son “diversas” a lo que se difundió por los medios de comunicación (estas presunciones operan en el ámbito jurídico, pero no en la mente de los receptores de la información fuera del proceso);
- Se altera el proceso, pues se influye en la información que vierten los intervinientes, al sentirse acosados por una exposición previa y publicidad excesiva, lo que elimina su naturalidad y objetividad al provocar actuación, nula espontaneidad, alteración de su comportamiento, inhibiciones o exageraciones, sufrimiento emocional y hasta falsedades, pues el shock provocado por un hecho antisocial obliga a los afectados a buscar culpables para comenzar su proceso de sanación;
- Se pone en duda la imparcialidad de los tribunales, pues la publicidad previa al procedimiento los im-

pregna de información negativa, incompleta y sin la efectividad de los principios de igualdad, inmediación y contradicción, rompiendo la expectativa jurídica al juicio imparcial y al juez no prevenido;

- La presión del juicio popular obliga a Tribunales, fiscales, asesores y defensores a responder a esas exigencias, y no a las del debido proceso;
- Falta de confianza en las autoridades, al obtenerse resultados diversos a los de la expectativa generada por la información imprecisa de los medios de comunicación; y
- También imputados y víctimas encuentran dificultades para su reinserción y la rehabilitación de sus derechos durante el proceso y a su conclusión, al ser estigmatizados por la población, y rara vez pueden deshacerse de la etiqueta de “culpables” y “víctimas”, cuando nunca quisieron asumir ese rol.

En este sentido, el interés público debe entenderse en el marco de la función republicana de la prensa que se orienta de modo general y principal a la libre crítica de los actos de gobierno, y a la exposición, examen y debate de los temas de interés de la comunidad.<sup>66</sup> Así, la estigmatización pública no es una finalidad del proceso penal, por lo que no existe un interés público de exposición de los involucrados en el hecho delictivo, reconocido por las normas constitucionales o internacionales; inclusive las actividades o sanciones infamantes se encuentran totalmente prohibidas.

Por tal motivo, una inadecuada actividad policial o de autoridad que exhiba a un imputado como culpable, o una persona como víctima, con datos sensibles de identificación y ubicación de los hechos, podrá generar un efecto corruptor del proceso, no solamente por la violación directa a la presunción de inocencia de la persona, al ser presentado como culpable o víctima de un hecho delictivo y mostrar su imagen y datos personales sin autorización, sino también por la posible contaminación previa de las y los jueces que conozcan del caso, con lo cual lleguen influidos a emitir su resolución tanto por la información recibida, como por la presión social y el temor a represalias; además, un efecto corruptor por la invalidez de los medios de prueba que se presenten, al provocar condiciones sugestivas, principalmente en los testigos, que lleven a su falta de confiabilidad, pues carecen de

<sup>65</sup> García, Luis. *Juicio oral...*, op. cit., p. 133.

<sup>66</sup> Zavala de González, Matilde. *El derecho a la intimidad*. Abeledo Perrot, Argentina, 1982, p. 127.

imparcialidad y objetividad, al inducirlos a reconocer a una persona o declarar contra ella, gracias a la información previamente difundida a través de los medios de comunicación; por lo que no otorgan certeza del reconocimiento o declaración en forma libre y objetiva (inducida o sugestionada).<sup>67</sup>

Si el juzgador observa estas circunstancias corruptas sobre él o en los medios de prueba, no podrá pronunciarse con imparcialidad sobre la culpabilidad del acusado o los derechos de la víctima, pues la sugestión en su persona o el resultado de la prueba vicia el procedimiento y sus consecuencias.<sup>68</sup>

<sup>67</sup> Morales Brand, José Luis Eloy. Juicio Oral; op. cit., p.116.

<sup>68</sup> PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO EN SU VERTIENTE EXTRAPROCESAL. ELEMENTOS A PONDERAR PARA DETERMINAR SI LA EXPOSICIÓN DE DETENIDOS ANTE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PERMITE CUESTIONAR LA FIABILIDAD DEL MATERIAL PROBATORIO. La sola exhibición de personas imputadas en los medios de comunicación representa una forma de maltrato que favorece el terreno de ilegalidad y que propicia otras violaciones a derechos humanos. Por tanto, estas acciones deben ser desalentadas con independencia de si ello influye en el dicho de quienes atestiguan contra el inculpado. Al respecto, pueden consultarse las tesis aisladas de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: 1a. CLXXVI/2013 (10a.) y 1a. CLXXVIII/2013 (10a.), (1) de rubros: “PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO EN SU VERTIENTE EXTRAPROCESAL. SU CONTENIDO Y CARACTERÍSTICAS.” y “PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU RELACIÓN CON LA EXPOSICIÓN DE DETENIDOS ANTE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN.”. Ahora bien, cuando se plantea una violación en este sentido, la exposición mediática (y la información asociada a ella) tienen que ser suficientemente robustas para que pueda considerarse que han generado una percepción estigmatizante y que ésta ha elevado, de modo indudablemente significativo, la probabilidad de que los testimonios y las pruebas recabadas contengan información parcial y, por ende, cuestionable. Algunos de los elementos que el juez puede ponderar al llevar a cabo esta operación son: 1. El grado de intervención y participación del Estado en la creación y/o en la divulgación de la información. Cuando el Estado es quien deliberadamente interviene para crear una imagen negativa y contribuye a su formación, las y los jueces deben ser especialmente escépticos para juzgar el material probatorio. 2. La intensidad del ánimo estigmatizante que subyace a la acusación y su potencial nocividad. 3. La diversidad de fuentes noticiosas y el grado de homogeneidad en el contenido que las mismas proponen. Con apoyo en este criterio, el juez valora si el prejuicio estigmatizante ha sido reiterado en diversas ocasiones y analiza su nivel de circulación. También analiza si existen posiciones contrarias a este estigma que, de facto, sean capaces de contrarrestar la fuerza de una acusación. Cabe aclarar que si bien la existencia de una sola nota o la cobertura en un solo medio puede generar suficiente impacto, eso ocurriría en situaciones excepcionales, donde el contenido y la gravedad de la acusación fueran suficientemente gravosas por sí mismas para generar un efecto estigmatizante. 4. La accesibilidad que los sujetos relevantes tienen a esa información. Al valorar este aspecto, el juez puede analizar el grado de cercanía que él mismo, los testigos o los sujetos que intervienen en el proceso tienen con respecto a la información cuestionada. Si la información es demasiado remota,

Así, podemos encontrar varios escenarios:

- En perjuicio de la víctima, el proceso podrá declararse nulo ante pruebas ilícitas o que carezcan de valor, o porque la imparcialidad del tribunal se encuentre comprometida, provocando que no obtenga su reparación del daño integral y justa, y difícilmente se rehabilite como persona y deje la etiqueta de víctima;
- En perjuicio del imputado, que sufra medidas cautelares más violentas, o inclusive se le condene con pruebas contaminadas e ilícitas, o por un tribunal viciado y presionado por la exigencia pública y social, y nunca se reintegre y se quite la etiqueta de culpable; y
- En perjuicio de todas y todos, ya que los intervinientes nunca podrán rehabilitarse en sus derechos, pues no sabremos la autenticidad de la información y del resultado de los procesos, se mantienen creencias más que percepciones, el imputado será culpable aunque no lo sea, y la víctima será víctima aunque no quiera serlo, independientemente de que se ordene eliminar sus imágenes o datos personales de los medios de comunicación que les

existirán pocas probabilidades de que el juzgador o tales sujetos hayan tenido acceso a la misma; consecuentemente, la fiabilidad de las pruebas difícilmente podría ser cuestionada. Estos criterios no pretenden ser una solución maximalista, capaz de cubrir todos los supuestos. Se trata, tan sólo, de criterios orientadores que facilitan la tarea de los tribunales al juzgar este tipo de alegatos. Es decir, se trata de indicadores que, por sí mismos, requieren apreciación a la luz de cada caso concreto. De ningún modo deben interpretarse en el sentido de que sólo existirá impacto en el proceso cuando un supuesto reúna todos los elementos ahí enunciados. En conclusión, el solo hecho de que los medios de comunicación generen publicaciones donde las personas sean concebidas como “delincuentes”, ciertamente viola el principio de presunción de inocencia en su vertiente de regla procesal. Sin embargo, para evaluar el impacto que estas publicaciones pueden tener en un proceso penal, es necesario que las y los jueces realicen una ponderación motivada para establecer si se está en condiciones de dudar sobre la fiabilidad del material probatorio. PRIMERA SALA. Amparo directo en revisión 2537/2013. Carmen Sandoval Trejo. 18 de mayo de 2016. Mayoría de cuatro votos de los señores Ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto concurrente y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Disidente por razón de improcedencia del recurso: Norma Lucía Piña Hernández. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretaria: Patricia del Arenal Urueta. 1. Las tesis aisladas 1a. CLXXVI/2013 (10a.) y 1a. CLXXVIII/2013 (10a.) citadas, aparecen publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XX, Tomo 1, mayo de 2013, páginas 564 y 565, respectivamente. Esta tesis se publicó el viernes 02 de diciembre de 2016 a las 10:14 horas en el *Semanario Judicial de la Federación*.

### Víctima, imputado y medios de comunicación

estigmatizaron y aumentaron su “nueva” realidad de vida en su núcleo social.

En consecuencia, el primer paso es que tanto las autoridades de seguridad pública, fiscales, asesores victimales, defensores y tribunales judiciales no proporcionen a terceros información sensible y que identifique claramente a los involucrados en el proceso penal. El segundo, cuando se difunda información en forma indebida, realmente tenga efectos en el procedimiento que desmotiven esas prácticas, como la exclusión de pruebas, absoluciones, indemnizaciones a favor de las personas afectadas y la realización de procesos civiles, administrativos o penales contra los que provocaron la afectación, etcétera, para obligar así a las autoridades a cumplir con el respeto a los derechos de privacidad, intimidad y debido proceso de los involucrados.

Todo esto nos muestra que la tarea de las y los juzgadores no es nada fácil, pues dentro de la complejidad de los hechos sociales, deben atender a la norma, la justicia y la eficacia en la resolución de los problemas de la criminalidad para el mantenimiento del orden social, pero ante todo, para la protección de los derechos de las personas, en este caso los involucrados en el proceso; y si a eso le agregamos el desmesurado interés por combatir con celeridad y urgencia los problemas difundidos indebidamente por los medios de comunicación,<sup>69</sup> deberán dirigir el proceso dejando a un lado las cuestiones de alarma social o justificación estatal que lo único que piden es la imposición de una sanción alta y “ejemplar”, sin importar si a la víctima se le rehabilita en sus derechos, si el autor es reinsertado a la comunidad, o si disminuyen los delitos en realidad a través de políticas públicas integrales y no criminales. Las y los jueces no pueden ser cómplices de una construcción de realidad que no es acorde a los hechos, que no resuelve los problemas y que simplemente es utilizada para el mantenimiento del poder y sometimiento de la mayoría.

#### 4. Conclusiones

La reasignación de facultades de los intervinientes en el sistema penal acusatorio nos evidencia que la esencia del modelo es el control judicial del procedimien-

to penal, la igualdad de los sujetos procesales y, sobre todo, el control de las violaciones a los derechos humanos y fundamentales.

Esa reasignación se obtiene a partir de la definición implícita del juez como tercero ajeno al conflicto que solo acude a su solución en cuanto sea convocado por las partes involucradas en el mismo. Si juezas y jueces asumen como opción una hipótesis propia y encauzan el juzgamiento hacia allá, subjetivizan la verdad y la justicia hacia sus propias orientaciones y desvirtúan aquello que le plantean las partes. Además, terminan interfiriendo en las investigaciones hechas por esas partes o desplazando el eje del juicio hacia sus propias conjeturas.<sup>70</sup> De esa manera se les impide cualquier iniciativa en el conocimiento del asunto y se les otorgan mayormente poderes negativos, esto es de control, no de acción, pues excluyen, rechazan o invalidan.<sup>71</sup>

El derecho internacional y constitucional ordena a todas las autoridades a proteger y garantizar los derechos humanos y fundamentales; es decir, no solo las autoridades judiciales federales tienen el deber de hacer operativos los derechos constitucionales o internacionales, sino que cualquier autoridad, al momento de realizar un acto u omitir una conducta que tenga relación con personas titulares de derechos, debe tomar en cuenta los derechos constitucionales e internacionales para emitir su acto o dejar de hacerlo, sin poner como pretexto que son autoridades que solo deben aplicar la ley, pues lo que deben de aplicar es la protección directa al derecho fundamental (Control de Constitucionalidad e Interpretación Conforme).

En consecuencia, una verdadera política criminal democrática, que tenga como límites los derechos humanos y fundamentales de las personas, será aquella que construya un mecanismo de control social penal que tienda a la protección de los seres humanos, afectándolos lo menos posible. Esta visión influye en el derecho penal, para desarrollar el principio de intervención mínima o última ratio de la reacción penal: frente a un conflicto social, el Estado constitucional de derecho debe, antes que nada, desarrollar una política social que conduzca a su prevención o solución o, en último término, pero solo en último término, optar por definirlo como criminal. Cuando así lo hace está

<sup>69</sup> Hassemer, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Editorial Olejnik, Buenos Aires, 2019, p. 10.

<sup>70</sup> Mejía Escobar, Carlos Eduardo. *El rol de jueces y magistrados en el sistema penal acusatorio colombiano*. USAID y Consejo Superior de la Judicatura, Colombia, 2005, p. 11.

<sup>71</sup> *Idem*.

ejercitando entre diferentes alternativas que puedan presentarse para la solución del conflicto una opción política, que en forma específica tomará el nombre de política criminal en tanto que está referida a la criminalización del conflicto.<sup>72</sup>

Es aquí donde aparece la tutela de derechos por el Poder Judicial, pues no se trata simplemente de un organismo que compone al Estado. El poder de jurisdicción (decir el derecho) es una garantía por sí misma. Si comprendemos que las garantías son los mecanismos que protegen los derechos de las personas y que ayudan a que se ejerzan adecuadamente, el Poder Judicial no es solo un poder, es el poder para proteger a los seres humanos de autoritarismos del Estado y los particulares.

Las juezas y jueces, magistradas y magistrados, ministras y ministros, y todo el personal que integra los poderes judiciales federal y estatales, tienen la función de convertirse en esa garantía máxima, que se encuentra por arriba de los demás poderes públicos, para resolver, como última instancia, las situaciones que puedan afectar derechos humanos y fundamentales.

El Poder Judicial es el de máxima importancia en un Estado constitucional de derecho. Si bien los demás poderes tienen una función relevante para el adecuado funcionamiento de la institución estatal, creando las normas, ejecutándolas, o vigilando la función electoral y administrativa, el Poder Judicial es quien aplica y mantiene el orden jurídico para tener una sociedad armónica, humana, justa y libre.

Por ello, como institución de protección, el Poder Judicial también cuenta con garantías propias para su funcionamiento, como la inamovilidad, la autonomía interna e independencia financiera, seguridad salarial, y carrera judicial, que buscan evitar que otras personas o entes del Estado, pretendan influir en sus decisiones a través de mecanismos de presión directos o indirectos, y que esto afecte el derecho a la tutela judicial efectiva de las personas.

Respecto a la tutela de los derechos de imagen, privacidad e intimidad de los involucrados en el proceso penal, no cabe duda que los medios de comunicación tienen derecho a ejercer su libertad de expresión y exteriorizar un mensaje o contenido; y a su vez, tanto los medios como la sociedad tienen el derecho a la información, que implica contar con datos adecuados

para favorecer el libre desarrollo de la personalidad y generar un debate democrático útil para la vida de la comunidad, no uno etiquetante que genere división y pueda incrementar la violencia.

Pero estos derechos de libertad de expresión e información nunca pueden ir en contra del derecho a la privacidad e intimidad de las personas, que se trata de que no sean conocidos, ni dados a conocer, hechos, circunstancias o cualquier información personal sin su consentimiento. Así, la dignidad, individualidad, libre desarrollo, inviolabilidad personal, emocional, recuerdos, hogar, interioridad, aspectos corporales o incorporales, relaciones familiares, honra, domicilio, honor o reputación, etcétera, de un ser humano, no pueden ser tocados, difundidos o comunicados sin su autorización expresa, plena, libre y voluntaria. Por ello en materia penal, si una persona es señalada como autor de un delito, no puede ser presentado como culpable, mucho menos tratado de esa manera frente a la sociedad, hasta que exista una sentencia definitiva que lo declare culpable. Por otro lado, el afectado por el hecho, tampoco puede ser exhibido, y debe protegerse su integridad, para evitar una doble victimización.

Los medios de comunicación al ejercer sus derechos de expresión e información, cuentan con un gran poder y, en consecuencia, una gran responsabilidad, que no solamente implica evitar dañar la dignidad y privacidad de los involucrados en un supuesto hecho delictivo (supuesto autor, supuesta víctima, familiares, etcétera), sino también el ser cuidadosos en la información que comunican, ya que puede afectar el debido proceso, y llegar a generar impunidad.

Debe quedar claro que el sistema penal acusatorio no prohíbe que se informe a la sociedad sobre hechos posiblemente delictivos; los medios de comunicación cumplen una labor importante al otorgar datos que ayuden a la sociedad a prevenirse, protegerse y conocer la labor del Estado y las autoridades, pero la información debe ser tratada de manera que genere un debate democrático, no afectar a los involucrados, ni causar impunidad.

Entonces, ¿qué puede hacer un medio de comunicación al cubrir y comunicar un hecho aparentemente delictivo para lograr este debate democrático y proteger los derechos tanto de la sociedad como de los involucrados? Dar información general del evento, mostrar todas las versiones y no condicionar la men-

<sup>72</sup> Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón...*, op. cit., p. 580.



talidad de la población ni prejuzgar sobre el hecho; no difundir ni utilizar los nombres verdaderos de los involucrados, ni presentarlos como culpables o víctimas; no mostrar imágenes de rostro o características que puedan identificar claramente a víctima o imputado; y evitar difundir datos sensibles de información o imágenes que puedan identificar a las personas o los detalles del hecho, que lleven a su estigmatización, revictimización o sugestión de las autoridades (por ejemplo, en algunos sistemas acusatorios se atiende esta cuestión impidiendo la difusión de imágenes reales, proporcionando dibujos de lo que ocurre en el proceso, los cuales son elaborados por funcionarios judiciales y se entregan aquellos que menos características den de las personas que intervienen en las audiencias).

Como lo hemos dicho, la Suprema Corte de Justicia en México ha establecido que un indebido tratamiento de la información relacionada con un hecho posiblemente delictivo además de afectar a la dignidad y privacidad, por violación a la presunción vicimal y presunción de inocencia, causará una afectación al proceso al provocar un efecto corruptor del juez y de la prueba, ya que el primero puede llegar condicionado y con prejuicios a las audiencias, y la evidencia puede contaminarse por falta de objetividad e imparcialidad; lo que puede generar la posibilidad de condenar a un inocente, o absolver a un responsable, dañar aún más al afectado, y provocar impunidad, no por las leyes o el sistema, sino por otros motivos sociales.

Así, un Poder Judicial es fuerte, cuando sus integrantes tienen una misión y visión proyectada a beneficiar jurídicamente a la sociedad en la que se desempeñan; cuando saben que pueden actuar libremente dentro del marco normativo para ejercer sus funciones, cuando sus criterios se van consolidando y perfeccionando a lo largo del ejercicio de la carrera judicial, y esto se refleja en el entendimiento de la tutela judicial efectiva de los derechos humanos y fundamentales.

En consecuencia, la sociedad y el Estado actuales requieren poderes judiciales que interpreten las normas no solo en el sentido propio de sus palabras, los antecedentes sociales y legislativos, sino también con base en la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de la justicia en la resolución de los

problemas de la colectividad, puesto que el objeto del derecho punitivo deben dirigirse necesariamente a las conductas humanas en situación.

Insisto, el sistema de justicia penal acusatorio y sus leyes no tienen tantas culpas como se le atribuyen, sino que son la víctima expiatoria de otros factores que influyen en su operación. Si queremos disminuir la delincuencia, si queremos evitar que las personas hagan justicia por propia mano, si queremos eliminar la discriminación y el etiquetamiento social de las personas, la solución es aún más sencilla: dejemos de ignorar a los demás y de cerrar los ojos a la realidad; hay que invertir en la satisfacción de las necesidades sociales, y generar políticas públicas que atiendan el problema delictivo en una visión global, desde todas sus vertientes sociales, y que nuestra política criminal mexicana deje de ser más criminal que política.

## 5. Fuentes de consulta

- Anitua, Gabriel Ignacio. *Historias de los pensamientos criminológicos*. Primera Edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2005.
- Armenta Deu, Teresa. "Aspectos relevantes del sistema de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación en el derecho español", *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal. Sistemas de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación*. Volumen IV, Primera Edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.
- Bergalli, Roberto. "La instancia judicial", en *El pensamiento criminológico*. Vol. II Estado y Control, Primera Edición, Editorial Temis, Colombia, 1983.
- Binder, Alberto. *Justicia penal y Estado de Derecho*. Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2004.
- Bustos Ramírez, Juan. "Los medios de comunicación de masas", en *El pensamiento criminológico*. Vol. II Estado y Control, Editorial Temis, Bogotá.
- Cárdenas Rioseco, Raúl. *La presunción de inocencia*, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 2006.
- Cifuentes, Santos. *Elementos de derecho civil*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999.
- Escobar Roca, Guillermo. "Medios de Comunicación", cátedra dentro del curso *Democracia y Derechos Humanos*, dentro del Programa de Apoyo a Defensores de Derechos Humanos en Iberoamérica, de la Federación Iberoamericana del Ombudsman, Alcalá de Henares, Madrid, 2008.

- Escobar Roca, Guillermo. “Medios de Comunicación”, cátedra dentro del curso *Democracia y Derechos Humanos*, dentro del Programa de Apoyo a Defensores de Derechos Humanos en Iberoamérica, de la Federación Iberoamericana del Ombudsman, Alcalá de Henares, Madrid, 2008.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, Madrid, 2011.
- García, Luis. *Juicio oral y medios de prensa*. Editorial Ad Hoc. Buenos Aires, 1995.
- García-Pablos de Molina, Antonio. *Tratado de criminología*. Tercera edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.
- Gómez Colomer, Juan Luis. *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho*. Primera Edición, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2008.
- Hassemer, Winfried. *Fundamentos de derecho penal*. Editorial INACIPE-Bosch; México, 2018.
- \_\_\_\_\_. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Editorial Olejnik, Buenos Aires, 2019.
- Llambias, Jorge. *Código civil anotado*. Abeledo Perrot, Argentina, 1998.
- López Barja de Quiroga, Jacobo. *Tratado de derecho procesal penal*. Primera Edición, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, España, 2004.
- Mejía Escobar, Carlos Eduardo. *El rol de jueces y magistrados en el sistema penal acusatorio colombiano*. USAID y Consejo Superior de la Judicatura. Colombia, 2005.
- Mir Puig, Santiago. “Constitución, Derecho penal y Globalización”, en *Nuevas tendencias en política criminal –Una auditoría al Código Penal español de 1995-*, Primera Edición, Editorial B de F, Argentina, 2006.
- Morales Brand, José Luis Eloy. “Juicio oral. Práctica y técnicas de litigación”. Editorial Troispublient. México, 2018.
- \_\_\_\_\_. *La declaración del imputado; medio de defensa o prueba de cargo*. Universidad Autónoma de Aguascalientes, México, 2006.
- Nino, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2017.
- Roxin, Claus. *Derecho procesal penal*. Ediciones Didot. Buenos Aires, 2019.
- Schneider, Hans Joachim. *La criminalidad en los medios de comunicación de masas*. Cuadernos de Política Criminal, Dykinson, España, 1989.
- Sentencia 145/1988 del Tribunal Constitucional Español.
- Sentencia 187/1999 del Tribunal Constitucional Español.
- Sentencia 96/1987 del Tribunal Constitucional Español.
- Slokar, Alejandro. *Publicidad de juicio y libertad informativa*, Jurispurdencia Argentina. Argentina, 1994.
- Zamora Pierce, Jesús. *Garantías y proceso penal*. Editorial Porrúa. México, 2003.
- Zavala de González, Matilde. *El derecho a la intimidad*. Abeledo Perrot. Argentina, 1982.



## A propósito de la legitimidad del delito de corrupción entre particulares

Elena Núñez Castaño

Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad de Sevilla

**RESUMEN:** El delito de “corrupción entre particulares” incorporado a nuestro ordenamiento jurídico por la LO 5/2010, de 22 de junio, y modificado posteriormente por la LO 1/2015, en el art. 286 bis CP, ha sido objeto de numerosas críticas, algunas de las cuales serán analizadas en el presente trabajo, como la dificultad de identificación de un bien jurídico, la utilización de una técnica legislativa altamente deficiente, etcétera. Pero implica la sanción de una serie de comportamientos que pretenden garantizar la existencia de una competencia leal entre los competidores, siempre que conlleven un beneficio injustificado de unos frente a otros.

**PALABRAS CLAVE:** corrupción privada, competencia leal, intervención penal, principio de legalidad, legitimidad.

**ABSTRACT:** The crime of “private corruption “ incorporated into our legal system by LO 5/2010, of June 22, and subsequently modified by LO 1/2015, in art. 286 bis CP, has been the subject of numerous criticisms, some of which will be the object of analysis in this paper, such as the difficulty of identifying a legal asset, the use of a highly deficient legislative technique, etc. But it implies the sanction of a series of behaviors that try to guarantee the existence of a fair competition between the competitors, as long as they entail an unjustified benefit to one another.

**KEYWORDS:** private corruption, fair competition, criminal intervention, principle of legality, legitimacy.

**SUMARIO:** 1. Cuestiones previas: sobre la ratio criminis del tipo penal. 2. El objeto de protección en el art. 286 bis CP: planteamientos doctrinales: 2.1 Protección de los intereses patrimoniales individuales de los empresarios; 2.2 Protección del deber de fidelidad hacia el titular de la empresa para la que trabaja el sujeto activo; 2.3 La protección de la competencia leal; 2.4 Configuración como delito pluriofensivo. 3. La identificación del objeto de tutela del delito de corrupción entre particulares como fundamento de su legitimación penal. 4. A modo de conclusión. 5. Bibliografía.

## A propósito de la legitimidad del delito de corrupción entre particulares

### 1. Cuestiones previas: sobre la *ratio criminis* del tipo penal

La LO 5/2010, de 22 de junio, incorporó al texto penal un nuevo artículo, el 286 bis, que se integra en la Sección Cuarta del Capítulo XI del Título XIII del Libro II del Código Penal, intitulada “De la corrupción entre particulares”. Tal como se señala en la Exposición de Motivos de la mencionada ley, la razón de la introducción de este nuevo tipo delictivo, hasta este momento desconocido para nuestra legislación,<sup>1</sup> estribaba en la necesidad de dar respuesta a las exigencias de instancias supranacionales, principalmente de la Unión Europea. En concreto, la reforma se deriva de la “transposición de la Decisión Marco 2003/568/JAI, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado”,<sup>2</sup> tal y como se reconoce en la propia Exposición de Motivos de la LO 5/2010,<sup>3</sup> que señala que “la garantía de una competen-

cia justa y honesta pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de las entidades privadas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho”, en tanto que:

... con estos comportamientos que exceden de la esfera de lo privado, se rompen las reglas de buen funcionamiento del mercado. La importancia del problema es grande si se repara en la repercusión que pueden tener las decisiones empresariales, no sólo para sus protagonistas inmediatos, sino para otras muchas personas. Obviamente, las empresas públicas o las empresas privadas que presten servicios públicos serán sometidas a la disciplina penal del cohecho obviando, por voluntad legal, la condición de funcionario que ha de tener al menos una de las partes.<sup>4</sup>

Sobre esta base, se crea el delito de “corrupción entre particulares”, que ha sido objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina, no solo en relación con la delimitación del bien jurídico que se pretende proteger, sino relativas a la propia técnica legislativa que se había empleado. Todo ello da lugar a una modificación de este precepto realizada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, que incorpora algunos cambios a la regulación penal existente desde 2010 para hacer “frente” a los actos de corrupción que, presuntamente, “pueden llegar a afectar al correcto fun-

<sup>1</sup> De hecho, tampoco había sido demasiado analizado por la doctrina penal española hasta ese momento, así podemos señalar Nieto Martín, “La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho Comparado), en *Revista penal*, n° 10, 2002; Faraldo Cabana, “Hacia un delito de corrupción en el sector privado”, en *Estudios penales y Criminológicos*, t. XXIII, Santiago 2002; De La Cuesta Arzamendi/Blanco Cordero, “La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿signatura pendiente del derecho penal español?”, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, Libro Homenaje al Profesor Cerezo Mir, Madrid 2003; Gili Pascual, “Bases para la delimitación del ámbito típico del delito de corrupción privada”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2º época, n° 19 (2007); Benito Sánchez/Cerina, “Apuntes sobre los delitos de corrupción: problemas actuales y perspectivas de reforma”, en *De los delitos y de las penas, hoy: la nueva reforma del Código penal*, Diego-Díaz Santos/Matellanes Rodríguez/Fabián Caparrós (coords.), Salamanca 2009.

<sup>2</sup> Sin embargo, no fue este el primer instrumento por el cual España quedaba obligada a introducir entre sus previsiones penales las conductas de corrupción en el sector privado; esta obligación ya existía previamente con la Acción Común del Consejo 1998/742/JAI, de 22 de Diciembre, sobre corrupción en el sector privado (DOL, 31 de Diciembre de 1998, n° 358), y también el Convenio Penal del Consejo de Europa sobre la Corrupción, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999 (n° 173), ratificado por España el 26 de enero de 2010.

<sup>3</sup> Sin embargo, es preciso señalar que la Decisión Marco 2003/568/JAI, de 22 de julio, sobre lucha contra la corrupción privada, dispone en sus Consideraciones previas que al haber aumentado el comercio transfronterizo se hace necesaria la lucha contra la corrupción privada que distorsiona la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido. Ello, según señala Muñoz Cuesta, pudiera determinar que la finalidad de la Decisión marco sería “la lucha contra las transacciones comerciales entre empresas mercantiles o sociedades de diferentes Estados que se verán de alguna manera alteradas por los ofrecimientos o entregas de orden comercial

que hacen sus responsables para conseguir la operación comercial acordada, dejando al margen aquellos negocios entre entes privados de un mismo Estado, siendo evidente que no es éste el sentir del legislador español al proyectar el tipo penal a los actos entre empresas radicadas en España, existiendo así tal delito en España que habrá que interpretar para conocer su alcance cuando haya que aplicarlo”, cfrs. Muñoz Cuesta, “La corrupción entre particulares: problemas que plantea su aplicación”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n° 8/2001, Cizur menos, 2011, pág. 1.

<sup>4</sup> Con anterioridad, el Anteproyecto de reforma del Código penal de 2008, había sido más contundente en relación tanto con la *ratio criminis* de esta nueva tipificación penal, como con la delimitación del cual pudiera ser el bien jurídico protegido por la misma, y así se afirmaba en la Exposición de Motivos de este Anteproyecto que “la corrupción del administrador de una empresa por parte de otra empresa a fin de que haga u omite algo que puede repercutir en las actividades de su propia empresa, sea en prestación de servicios, adquisición o venta de mercancías, sea para dañar a esa misma empresa o a una tercera, no es simplemente un conflicto que no excede de la esfera de lo privado, sino que rompe las reglas del buen funcionamiento del mercado (...) Posiblemente se podría sostener que esas prácticas caen en un concepto genérico de acto contrario a la competencia leal; pero esa calificación resulta en exceso tibia, y así lo ha declarado la Decisión al principio citada, cuyo cumplimiento lleva a la introducción de un nuevo delito dedicado a la corrupción en el sector privado...”

cionamiento de los mercados y, específicamente, a la referida a los que pueden hacerlo mediante el soborno de quienes forman parte del mismo”.<sup>5</sup> De este modo, la Sección Cuarta del Capítulo XI del Título XIII pasa a denominarse “De la corrupción en los negocios”, diferenciándose tres ámbitos dentro de la misma: el relativo a la corrupción entre particulares, el relativo a la corrupción deportiva, y el de la corrupción en las transacciones comerciales internacionales. Junto a estas reformas, se incorporan otras modificaciones respecto del texto aprobado en 2010, como el cambio de ubicación sistemática de las distintas figuras típicas (la corrupción pasiva pasa a tratarse en primer lugar, a fin de asemejar su estructura a la del delito de cohecho), la modificación de algunas expresiones típicas que habían generado amplia polémica,<sup>6</sup> y la inclusión de la figura del tercero beneficiario del favorecimiento que no estaba prevista para los supuestos de corrupción pasiva.<sup>7</sup>

A todo ello se unen distintas modificaciones plasmadas en la LO 1/2019, de 20 de febrero, que añade, en el apartado primero del art. 286 bis CP, la conducta consistente en “ofrecimiento o promesa de obtenerlo”, sin que se establezca en la Exposición de Motivos de la mencionada ley cuál es la concreta razón que fundamenta o impulsa el cambio legislativo.

Con todo ello, se pretende hacer frente a conductas esencialmente consistentes en el cobro de comisiones ocultas, que como manifestación del fenómeno de la corrupción generalizada o global se percibe por la sociedad, no la conducta concreta, pero si el fenómeno, como un grave problema.<sup>8</sup> Lo que puede resultar innegable en el ámbito público, resulta altamente cuestionable en lo relativo al sector privado,

tanto respecto a lo que se pretenda proteger con la tipificación de determinados comportamientos como los contenidos en el art. 286 bis CP, como a la eficacia que esa presunta protección pudiera implicar respecto del bien que se pretende tutelar.

Efectivamente, el fenómeno de la corrupción en la actualidad se está empleando de manera muy amplia abarcando comportamientos que poco o nada tienen que ver con lo que esencialmente son conductas de corrupción, como por ejemplo pudieran ser los actos de fraude fiscal; por ello, resulta absolutamente necesario identificar si las conductas tipificadas dentro del precepto que estamos analizando, constituyen efectivamente un tipo de corrupción, o si, por el contrario, nada tienen que ver con el mismo. Así, afirma Kindhäuser<sup>9</sup> que corrupción es “formalmente un abuso de un poder de decisión”, y, partiendo de esa base, es preciso determinar si cualquier abuso de un poder de decisión conlleva una lesión de bienes o intereses esenciales para el Estado, el funcionamiento de las instituciones y, en consecuencia, de los ciudadanos. En otras palabras, es necesario identificar qué intereses se protegen en la figura de la corrupción entre particulares, y si efectivamente era necesaria y oportuna la incorporación a nuestro Código penal de una práctica arraigada en nuestro país, como es el admitir cualquier tipo de incentivos o comisiones de aquellos que se encargan de la adquisición de bienes o contratación de servicios en el ámbito privado o empresarial.<sup>10</sup>

Señala muy acertadamente Feijóo Sánchez<sup>11</sup> que el delito que estamos analizando,

... tiene en sus genes mucho que ver con una dinámica de estabilización de la ética de los negocios a nivel internacional, pero ello sólo explica el contexto de criminalización, no su fundamentación dogmática como injusto merecedor de pena en el marco del ordenamiento español.

<sup>5</sup> Cfrs. Galán Muñoz, En Galán Muñoz/Núñez Castaño, *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2019, pág. 196.

<sup>6</sup> Así, se elimina la expresión “incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales”, sustituyéndola por otra igualmente problemática como es la de “como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías”.

<sup>7</sup> Cfrs. Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal económico y de la empresa, Parte especial*, 6º ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 413; Bolea Bardón, “El delito de corrupción privada: bien jurídico y *ratio legis*”, en Castro Moreno/Otero González (direct.) *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación público y privada*, Dykinson, Madrid 2016, pág. 103.

<sup>8</sup> Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, ob. cit., pág. 414; Ventura Püschel, “Corrupción entre particulares”, en Álvarez García/González Cussac (direct.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, pág. 321.

<sup>9</sup> Cfrs., Kindhäuser, “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán”, en *Política criminal*, nº 3, 2007, A1, [http://www.politicacriminal.cl], pág. 15, ult. consulta. 12-enero-2018.

<sup>10</sup> Cfrs. Bolea Bardón, “El delito de corrupción privada”, op. cit., pág. 102.

<sup>11</sup> Cfrs. Feijóo Sánchez, “Imputación objetiva en el Derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el Derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares”, En Silva Sánchez/Miró Llinares (edit.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, 2013, pág. 172.

## A propósito de la legitimidad del delito de corrupción entre particulares

Es por ello, que una gran parte de la doctrina se cuestiona la necesidad, e incluso la legitimidad, de acudir al derecho penal para tratar de garantizar una presunta pureza del tráfico económico, realizando importantes críticas respecto de esta nueva figura típica.<sup>12</sup>

Se hace preciso, por tanto, comenzar el análisis de este precepto tratando de identificar los bienes o intereses objeto de tutela por este precepto.

### 2. El objeto de protección en el art. 286 bis CP: planteamientos doctrinales

En relación con la delimitación del bien jurídico que se protege mediante el art. 286 bis resulta preciso hacer diversas matizaciones. En la Exposición de Motivos del Anteproyecto de reforma de Código penal de 2008 se afirmaba de forma categórica que el objeto de protección de este nuevo tipo delictivo sería la *competencia leal*. En concreto afirma que “la mentada Decisión Marco parte de la consideración de que la garantía de una *competencia justa y honesta* pasa por la represión de los actos encaminados a romper a los administradores de las empresas”.<sup>13</sup> A partir de ese momento, las modificaciones legislativas realizadas en relación con esta figura típica han sido mucho más tibias de manera que ni en la LO 5/2010, ni en la reforma de la LO 1/2015, se determina de manera precisa cuál sea el bien jurídico protegido por el delito de corrupción entre particulares; así afirma Martínez-Buján Pérez, en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, al aludir que la “competencia justa y honesta no permite describir con precisión un bien

jurídico penal, y, desde luego, la conducta típica no parece alcanzar el grado de lesividad necesario”.<sup>14</sup>

A partir de ese momento la doctrina ha planteado diversas posturas con relación a cuál pudiera ser el bien jurídico protegido por el art. 286 bis CP, sosteniéndose varias posibilidades a este respecto: intereses patrimoniales, protección del deber de fidelidad hacia el empresario o empleador, competencia leal, e incluso su configuración como delito pluriofensivo que podría afectar a algunos o todos los intereses antedichos.

#### 2.1 Protección de los intereses patrimoniales individuales de los empresarios

Una primera postura doctrinal se centra en considerar que el bien jurídico que se protege por el delito de corrupción entre particulares, viene constituido esencialmente por los intereses patrimoniales individuales de los empresarios, ya sean los empresarios competidores, ya sea el patrimonio de la propia empresa para la que trabaja el sujeto activo. En nuestra opinión no resulta aceptable ninguna de las dos opciones por diversas razones.

Por lo que se refiere a la *protección del patrimonio de las empresas competidoras*, planteamiento que ha sostenido un sector muy minoritario de la doctrina,<sup>15</sup> se sustenta sobre la base de que el perjuicio se produce para la empresa competidora al quedar apartada por no poder participar en la actividad corrupta. Son varias las críticas que pueden realizarse respecto de este planteamiento; en primer lugar, tal como afirma Kindhäuser<sup>16</sup> “la protección penal del patrimonio asegura fundamentalmente el status quo del patrimonio... (...) el daño a los competidores perjudicados se encuentra normalmente en las ganancias no alcanzadas”, esto es, expectativas de lucro que, *per se*, no forman parte del concepto de patrimonio. En segundo lugar, afirma Martínez-Buján Pérez<sup>17</sup> que al conside-

<sup>12</sup> Así, Martínez-Buján, “La corrupción entre particulares (Art. 286 bis del Código penal español”, en *Libro Homenaje a Rodríguez Ramos, Álvarez García y otros* (coords.), Valencia, 2013, págs. 699 a 716; el mismo, *Derecho penal económico y de la empresa, Parte especial*, 5ª ed., Valencia, 2015, págs. 381 y ss.; Gili Pascual, “Pago de comisiones en el ámbito de los negocios y *kick-hacks*: entre la administración desleal, la apropiación indebida y la corrupción privada”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n° 109, 2013, pág. 47.

<sup>13</sup> Así, señala la Decisión Marco 2003/568/JAI, de 22 de julio, que “los Estados miembros conceden una importancia especial a la lucha contra la corrupción tanto en el sector público como en el privado, por estimar que en ambos sectores constituye una amenaza para el Estado de Derecho, al tiempo que distorsiona la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido”. En el mismo sentido, la Acción Común 1998/742/JAI, de 22 de diciembre (ya derogada), destacaba como la corrupción “falsea la competencia leal y compromete los principios de apertura y libertad de mercados”.

<sup>14</sup> Cfrs., Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, op. cit., pág. 415.

<sup>15</sup> Cfrs. Navarro Massip, “El delito de corrupción entre particulares”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n° 11/2011, pág. 3; también considera que se trata de un delito de carácter patrimonial, Gili Pascual, “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada”, op. cit., pág. 13: 23.

<sup>16</sup> Cfrs. Kindhäuser, “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad”, op. cit., pág. 12.

<sup>17</sup> Cfrs. Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, op. cit., pág. 415.

rar que el bien jurídico protegido inmediatamente tutelado es el interés patrimonial individual de los empresarios competidores, el delito contenido en el art. 286 bis se configuraría como “un genuino delito de competencia desleal en el que el libre mercado sólo se preservaría de forma mediata”; desde este planteamiento, la crítica sería inmediata y es que resultaría absurda la exclusión del titular de la empresa del círculo de sujetos activos, pero incluso en el supuesto de que se incluyese, sería difícilmente justificable que pudiera cometer un ilícito penal dado que su conducta se encuentra amparada en el principio de libertad de empresa y en defensa de sus propios intereses patrimoniales, sin que exista respecto de él obligación alguna en dar un trato igualitario a los competidores.<sup>18</sup> Y, por último, porque la conducta descrita en el art. 286 bis no exige la presencia de un perjuicio para los intereses patrimoniales de los competidores (de hecho, no exige la presencia de ningún perjuicio).<sup>19</sup>

Precisamente la ausencia de este requisito típico, el perjuicio, permite negar que la finalidad sea la *protección del patrimonio de la propia empresa* para la que trabaja el sujeto activo;<sup>20</sup> y, junto a ello, otro dato relevante cual es el hecho de que el consentimiento del titular de la empresa afectada no tendría ninguna relevancia respecto del mismo, es decir, no tendría relevancia alguna a fin de determinar la posible atipicidad del comportamiento. Pero el principal cuestionamiento que puede realizarse a esta concepción de bien jurídico, es que el comportamiento de un empleado de la empresa que pudiera dar lugar a un perjuicio patrimonial de la misma constituiría un delito de administración desleal<sup>21</sup> que convertiría en innecesaria la regulación específica contenida en el art. 286 bis.

Señala Martínez-Buján Pérez<sup>22</sup> que esta

<sup>18</sup> Cfrs. Martínez-Buján Pérez, *ibidem*; Encinar Del Pozo, *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, Pamplona, 2016, pág. 265.

<sup>19</sup> Martínez-Buján Pérez, *ibidem*.

<sup>20</sup> Cfrs., Nieto Martín, “La corrupción en el sector privado”, *op. cit.*, pág. 69.

<sup>21</sup> Así, señala Kindhäuser, “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad”, *op. cit.*, pág. 12, que en aquellos supuestos del denominado *kick-back*, en los que el sujeto activo pacta con un ofertante un precio de venta muy elevado, y posteriormente recibe el monto de la diferencia respecto del precio regular de compra, “resultaría aplicable el delito de infidelidad patrimonial (parágrafo 266 del Código penal alemán)”, dado que este tipo penal se trata “también de un poder de decisión concedido que se ejerce de forma contraria a los intereses”.

<sup>22</sup> Cfrs. Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, *op. cit.*, pág. 416.

... vertiente patrimonial podría ciertamente servir de base a un ilícito penal, pero tal ilícito no es otro que la administración desleal de patrimonio ajeno, en atención a lo cual debería ser incluido entre los delitos societarios, o, tras la reforma de 2015, en inmediata conexión con el delito de administración desleal.

Es decir, a la vista de la regulación típica realizada por el legislador en 2010, y posteriormente en 2015 y 2019, el patrimonio de la propia empresa como bien jurídico protegido respecto de este tipo de conductas, es el único planteamiento legítimo y sostenible; otra

cosa es el hecho de que, como veremos, desde este planteamiento resulte totalmente innecesaria la regulación específica de un delito de corrupción entre particulares, por cuanto este ámbito típico quedaría cubierto por el delito de administración desleal,<sup>23</sup> y otra cosa sería también, como indicaremos en epígrafes posteriores, que la regulación típica se realizara de manera notoriamente diferente a la existente a fin de poder legitimar la protección de un bien jurídico colectivo que vendría constituido por la competencia leal, libre y honesta.

## 2.2 Protección del deber de fidelidad hacia el titular de la empresa para la que trabaja el sujeto activo

Al amparo de la regulación del precepto mediante la LO 5/2010, que incluía como elemento típico el *incumplimiento de obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales*, un sector doctrinal<sup>24</sup> sostiene que el bien jurídico protegido en el delito de corrupción entre particulares viene constituido por el deber de fidelidad hacia el empresario; se trata de un concepción de la corrupción privada con un marcado acento de derecho laboral, donde, como señala Kindhäuser,<sup>25</sup> “el injusto radica en la lesión de deberes de lealtad del empleado corrupto frente a su empleador”.

<sup>23</sup> En este mismo sentido, García Albero, “Corrupción en los negocios y modificación del cohecho”, en *Comentario de la reforma penal de 2015*, Quintero Olivares (direct.), Pamplona, 2015, pág. 555.

<sup>24</sup> Cfrs. Morales Prats/Morón Lerma, “Corrupción entre particulares (comentario al art. 286 bis del CP)”, en *La corrupción a examen*, Cizur-Menor (Navarra), 2012, pág. 122.

<sup>25</sup> Cfrs. Kindhäuser, “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad”, *op. cit.*, pág. 12.



### A propósito de la legitimidad del delito de corrupción entre particulares

Afirma Nieto Martín<sup>26</sup>, que esta “fidelidad” o deber de lealtad que se deriva de la relación de los dependientes o empleados con su principal, debe concretarse “alejándolo de cualquier referencia de deberes éticos y dotándolo de un significado esencialmente patrimonial anudado a los intereses económicos del empresario”. Con ello, nos acerca a un planteamiento patrimonialista del bien jurídico de referencia en el art. 286 bis, concretado en los mencionados intereses económicos del empresario o principal.<sup>27</sup>

Son varias las razones que pueden sostenerse en contra de este planteamiento, la primera tiene conexión directa con lo que hemos señalado en relación con la protección penal del patrimonio del empresario, ya que si lo que se está sancionando es al empleado que infringe sus deberes frente al empleador, produciéndole con ello un perjuicio patrimonial, en realidad se estaría cometiendo un delito de administración desleal de patrimonio ajeno, por cuanto esta regulación típica contenida en el art. 286 bis carecería de sentido por innecesaria. En segundo lugar, señala la doctrina que no nos encontramos ante un delito que proteja exclusivamente el deber de fidelidad en la relación de empleo, porque ello, como indica Encinar Del Pozo,<sup>28</sup>

... vaciaría de contenido el supuesto de corrupción activa (que no parece que pueda verse como infracción de deberes laborales) y reduciría la modalidad pasiva bien a un delito de administración desleal, o en su caso de apropiación indebida, y si no hay lesión patrimonial, a un incumplimiento del contrato de trabajo.

<sup>26</sup> Cfrs. Nieto Martín, “La corrupción en el sector privado...”, op. cit., págs. 58 y 59.

<sup>27</sup> También Gili Pascual, “Bases para la delimitación del ámbito típico...”, op. cit., págs. 287 y 288, acepta que además del competidor, es preciso afectar al empresario propio para poder incurrir en responsabilidad penal. Así, configura este delito como “bifronte, tutelándose por un lado a los competidores del operador económico desde el que el corrupto interviene en el mercado (y de forma mediata la Competencia) así como, por otro, al propio empresario de aquel”. En un sentido similar, De la Cuesta Arzamendi/Blanco Cordero, “La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del derecho penal español?”, op. cit., pág. 290, mantienen una tipificación en la que junto a la infracción de deberes y al menoscabo sustancial de la competencia se exigiese la verificación de un peligro concreto para el patrimonio de terceros (empresario, competidores, consumidores...), derivando el resto de comportamientos desleales a las esferas civil y administrativa.

<sup>28</sup> Cfrs. Encinar Del Pozo, *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, op. cit., pág. 269.

En el mismo sentido, De la Cuesta Arzamendi/Blanco Cordero<sup>29</sup> señalan que esta perspectiva de la infracción de deberes que basa la tipicidad de la conducta en el incumplimiento de las obligaciones por parte del empleado se “configure como un ilícito fundamentalmente formal, dirigido a reforzar la normativa extrapenal”; y, por tanto, se trata de

... una opción muy discutible desde la óptica de un derecho penal mínimo, que no ha de intervenir frente a cualquier ilegalidad, sino allí donde quepa hallar una suficiente antijuricidad material y otras ramas no contemplen suficientemente la respuesta a estas infracciones.

Para concluir que éste no es el caso de la infracción de deberes laborales o mercantiles que encuentran respuesta adecuada en las correspondientes normativas extrapenales.

A todo ello se une el hecho de que, tras la reforma de 2015, se elimina de la descripción típica la exigencia de que concurra un incumplimiento de obligaciones por parte de los empleados, sustituyéndose por la expresión *para que le favorezca a el o a un tercero frente a otros*; con ello, en nuestra opinión, se elimina la posibilidad de considerar como objeto de tutela en este precepto el deber de lealtad o fidelidad de los empleados, que debiera quedar relegada al ámbito laboral o mercantil.

### 2.3 La protección de la competencia leal

El sector mayoritario de la doctrina se inclina por considerar que el bien jurídico protegido en el delito recogido en el art. 286 bis del Código penal, radica en la protección de la *competencia leal* (o mas bien, su vertiente negativa la *competencia desleal*).<sup>30</sup> La justi-

<sup>29</sup> Cfrs. De la Cuesta Arzamendi/Blanco Cordero, “La criminalización de la corrupción en el sector privado”, op. cit., pág. 281.

<sup>30</sup> Abogan por este bien jurídico, Galán Muñoz, en Galán Muñoz/Núñez Castaño, *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., págs. 196 y 197, quien afirma que estas figuras vienen “a proteger la leal competencia en el mercado frente a las lesiones que ocasionaría en dicho bien jurídico colectivo y de naturaleza difusa, la obtención de ventajas competitivas derivadas de sobornos, si bien lo hace, como no podía ser de otra forma, de manera fragmentaria, castigando tan solo aquellas actividades desleales y corruptoras que se consideran más graves o peligrosas, bien porque representan un mayor peligro para el correcto y eficaz funcionamiento del mercado interno, bien porque pueden incidir en el de los mercados internacionales”; Mendoza Calderón, “La corrupción en el sector farmacéutico: análisis de su incidencia en el ámbito europeo y su trascendencia en el Derecho penal español”, en *Revista Ge-*

ficación de sostener este concreto objeto de tutela se basa en distintos argumentos, como el hecho de que, tal como hemos señalado, el propio preámbulo de la L.O. 5/2010 menciona, expresamente, la competencia justa y honesta como bien jurídico protegido, o el hecho de que se integre dentro de los delitos contra el mercado y los consumidores que le otorga naturaleza de bien jurídico colectivo que se concreta en la salvaguardia de la competencia empresarial y profesional, la propia redacción del tipo penal, etcétera.<sup>31</sup>

Se hace preciso delimitar qué debe entenderse por *competencia leal/desleal* a los efectos de poder analizar si efectivamente el precepto que estamos analizando pretende o no proteger este bien jurídico.

Así, la Ley de Competencia desleal de 1991 define en su art. 5 como desleal “todo comportamiento que resulte contrario a las exigencias de la buena fe”; ahora bien, la definición transcrita corresponde al ámbito puramente civil, y no se puede trasladar de forma automática al ordenamiento penal. De hecho, tradicionalmente, se había sostenido por la doctrina que los actos de competencia desleal solo van a ser objeto de sanción penal en cuanto que lesionan (o al menos, ponen en peligro) los intereses patrimoniales concretos de otros competidores o afectan a los con-

sumidores.<sup>32</sup> En definitiva, se consideraba que la simple eficacia del mercado o las reglas de buena fe que deben presidir las relaciones comerciales no parecieran alcanzar el grado de importancia suficiente como para ser consideradas bienes jurídicos penales,<sup>33</sup> de manera automática.

Es evidente, que las reglas de buena fe que regulan el funcionamiento de un sistema de mercado no pueden interpretarse en el sentido de restringir la capacidad de elección y actuación de los sujetos intervinientes en el mismo. En este sentido, tal como afirma Koepsel,<sup>34</sup> en virtud de los principios de libertad de contratación y de organización, los empresarios (o sus subordinados o colaboradores) no tiene obligación alguna de dar un trato igualitario a los competidores. O como señala Faraldo Cabana,<sup>35</sup> comparando las conductas que pretenden sancionarse con las realizadas en la función pública, “si en el sector privado no hay una obligación de imparcialidad como la que afecta al funcionario público, ¿qué se pretende sancionar?”. Ello le lleva a afirmar que el delito de corrupción privada o entre particulares es *pluriofensivo*, donde se protegen de manera inmediata, los *intereses económicos legítimos de los empresarios competidores*, y de forma mediata, *la competencia leal*.<sup>36</sup>

Lo cierto es que la defensa de la competencia leal como bien jurídico protegido plantea numerosos problemas. En primer lugar, implica ignorar que en la actividad diaria de las relaciones comerciales es habitual la realización de muchas de las conductas descritas en el tipo penal y que, de uno u otro modo afectan a la competencia, y que en el caso de implicar algún tipo de infracción de la normativa reguladora de la misma podría solucionarse conforme a la legislación mercantil sin que fuera preciso el recurso al derecho penal,<sup>37</sup> a lo que se une el hecho de que una infracción

*neral del Derecho*, nº 27, 2017, www.iustel.com, págs. 28 y 29; Muñoz Conde, *Derecho Penal, Parte Especial*, 20ª ed., Valencia 2015, pág. 454, quien sitúa el bien jurídico protegido en “la competencia leal, pero también en la honestidad o ética profesional de los directivos y similares de una empresa”; Feijóo Sánchez, “Imputación objetiva en el Derecho penal económico”, op. cit., pág. 167, donde afirma que lo que se protege es el marco institucional del mercado estabilizando las reglas esenciales para el correcto funcionamiento concurrencial del mismo; Castro Moreno, “Corrupción entre particulares”, en *Memento Experto Francisc Lefebvre, Reforma penal, Ley Orgánica 5/2010*, Ortiz De Urbina (coord.), nº 2732, 2010, pág. 291; Santana Vega/Gómez Martín, “Arts. 278-289”, en *Comentarios al Código penal, Reforma 5/2010*, Corcoy Bidasolo/Mir Puig (direct.), Valencia, 2011, pág. 635; Blanco Cordero, “La reforma de los delitos de corrupción mediante Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas”, en *Diario La Ley*, nº 7534, 2010, pág. 5; Muñoz Cuesta, “La corrupción entre particulares: problemas que plantea su aplicación”, en *La corrupción a examen*, op. cit., págs. 95 y 96; González Rus, “Reformas pretendidas en los delitos relativos al mercado y los consumidores y en los delitos societario por el Proyecto de Ley LO 121/000119, de modificación del Código penal”, en Benítez Ortuzar (coord.), *Reforma del Código penal: Respuestas para una sociedad del siglo XXI*, Madrid, 2008, pág. 150; Gil Nobajas, “El delito de corrupción en los negocios (Art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV (2015), págs. 576 y ss..

<sup>31</sup> Vid, por todos, Encinar Del Pozo, *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, op. cit., págs. 258 y ss.

<sup>32</sup> En este sentido, cfrs. Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico. Parte Especial*, Valencia 1999, págs. 66 y ss.

<sup>33</sup> Cfrs. Nieto Martín, “La corrupción en el sector privado...”, op. cit., pág. 59.

<sup>34</sup> Cfrs. Koepsel, *Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§299 StGB). Eine Fallanalyse zur Ermittlung von Anwendungsbereich und Grenzen der Norm*, V&R Unipress, Osnabrück, 2006, págs. 87 y 88.

<sup>35</sup> Cfrs. Faraldo Cabana, “Hacia un delito de corrupción en el sector privado”, op. cit., pág. 69.

<sup>36</sup> Cfrs. Faraldo Cabana, “Hacia un delito de corrupción en el sector privado”, op. cit., pág. 72.

<sup>37</sup> Cfrs. Bolea Bardón, “El delito de corrupción privada”, op. cit., pág. 109; Kindhäuser, “Presupuestos de la corrupción punible

## A propósito de la legitimidad del delito de corrupción entre particulares

de las reglas relativas a la competencia leal, no tiene por sí sola la lesividad suficiente como para justificar la intervención penal, y lo que se estaría es criminalizando la mera infracción de la normativa (mercantil o administrativa), sin que exista ni siquiera una potencial ofensividad para el bien jurídico que pudiera derivarse del comportamiento realizado por el sujeto activo.

Por último, como crítica esencial en la que coincide la práctica unanimidad de la doctrina, destaca el hecho de que, si la competencia leal es el bien jurídico que debe protegerse en el delito de corrupción entre particulares, resulta difícilmente sostenible o justificable la exclusión del posible círculo de sujetos activos que, no solo en la LO 5/2010, sino también en la LO 1/2015, se realiza de los empresarios o titulares de las empresas para los que trabajan los sujetos activos. Es decir, si es el titular de la empresa quien acepta la ventaja, no está cometiendo este delito, mientras que si quien lo realiza es el empleado sí puede responder del mismo. Partiendo de la base de que los empresarios o titulares de las empresas son, por definición y por ámbito competencial, los principales garantes del respeto a las reglas de competencia, es evidente que, si fuera la competencia leal el bien jurídico que se protege, su exclusión resulta del todo injustificable.<sup>38</sup> De hecho, si el tipo penal se configura sobre la base de una vulneración de las reglas de la competencia leal, el empresario no solo puede cometer el delito de igual manera que el empleado, sino incluso con mayor capacidad lesiva y desvalor.

En contra de esta afirmación se posiciona Galán Muñoz, para quien la exclusión del empresario del círculo de sujetos activos tiene toda lógica,<sup>39</sup> dado

que son los actos realizados por los empleados, los que “representan una mayor puesta en peligro de las reglas que deben regir la concesión de contratos y ventajas comerciales en el mercado”.<sup>40</sup>

Sobre la base de todas estas críticas, algunos autores han realizado diversas matizaciones con relación a la consideración de la competencia leal como bien jurídico protegido. Así, por ejemplo, Encinar Del Pozo,<sup>41</sup> considera que la protección penal de la competencia puede llevarse a cabo por dos vías, por una parte “tratando de erradicar los comportamientos que restringen la libertad de los competidores (competencia libre); pero también los comportamientos en la lucha por la clientela son contrarios a la igualdad de competidores ante la ley y que restringen la libertad de elección por parte de los consumidores (competencia leal); sobre esta base entiende que se configura como un bien jurídico colectivo que sirve a los intereses de la generalidad de personas que forman parte de una comunidad. Desde este prisma, para este autor el hecho de que el tipo penal no recoja al empresario como sujeto activo del delito no es sino una incongruencia u olvido del legislador, dado que

(los directivos, administradores, trabajadores o incluso meros trabajadores externos de las empresas) existe el riesgo real de que estos sujetos concedan el contrato o la ventaja en cuestión, no atendiendo a la calidad o características de la oferta globalmente presentada para recibirla, sino teniendo en cuenta su propio y exclusivo interés, lo que podrá llevarles, precisamente, a elegir incluso la peor de las propuestas presentadas frente a la mejor tan solo para conseguir el pago o ventaja que querían alcanzar, por más que al hacerlo lesionasen los intereses de la entidad para la que trabajaba y los de aquellos empresarios que hubiesen hechos las ofertas que pretirieron”.

<sup>40</sup> No compartimos, como ya hemos ido exponiendo, esta afirmación. Al margen de que algunos concretos actos de sobornos, corrupción o comisiones pudieran suponer algún peligro para la competencia leal como bien jurídico penal y basando su legitimidad siempre en la existencia de una potencial ofensividad de las conductas respecto del mismo, consideramos que no puede afirmarse que las conductas realizadas por los empleados sean más peligrosas para el bien tutelado que los comportamientos del empresario. Efectivamente, si el bien jurídico que se pretende tutelar es la competencia leal, es decir, el respeto a las reglas de la buena fe y de la igualdad en el ámbito de los negocios, igual o más peligrosos para el mismo resultan las conductas realizadas por el titular de la empresa que es quien claramente ostenta la posición de garante respecto de su salvaguarda. Pero es que, si el comportamiento de los empleados lo que realmente implica un perjuicio patrimonial para los intereses de la empresa para la cual trabaja, el tipo aplicable debería ser el delito de administración desleal, como ya hemos puesto reiteradamente de relieve, sin que sea precisa la incorporación de un tipo penal específico.

<sup>41</sup> Cfrs. Encinar Del Pozo, *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, op. cit., pág. 276.

en el Estado, la economía y la sociedad”, op. cit., pág. 13.

<sup>38</sup> Cfrs. Kindhäuser, “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad”, op. cit., pág. 13; Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, 6ª ed., op. cit., pág. 415; Bolea Bardón, “El delito de corrupción privada”, op. cit., pág. 109; Encinar Del Pozo, *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, op. cit., págs. 263 y 264.

<sup>39</sup> Cfrs. Galán Muñoz, *Manual de Derecho Penal económico y de la empresa*, op. cit., pág. 198, donde afirma que “cuando se solicita un pago o ventaja no debida por parte de un empresario individual para conceder un contrato, dicha propuesta pasa a formar parte de la oferta global que se le pide que haga para otorgarle su concesión, representando dicha solicitud una suerte de mejora de su oferta inicial, que sólo influirá en al adjudicación de la contratación en cuestión si realmente hacer que la propuesta finalmente presentada sea mejor que las planteadas por sus competidores. Sin embargo, cuando la solicitud de soborno se efectúa por sujetos que simplemente trabajan o representan intereses ajenos y no propios

perfectamente puede alterar la competencia mediante la recepción de sobornos.<sup>42</sup>

Sin embargo, otros autores mantienen que aún cuando la competencia leal constituye un bien jurídico legítimo, su menoscabo a través de comportamientos corruptos ha de ser lo suficientemente grave como para justificar el recurso a la sanción penal, o lo que es lo mismo, determinar un contenido mínimo de lesividad para dotar de relevancia penal a los comportamientos realizados. En este sentido, señala Martínez-Buján Pérez,<sup>43</sup> que, si se considerara que es precisa la introducción de un delito de corrupción entre particulares, lo cual entiende discutible, se debería optar por el modelo basado en la afección de la competencia. Ahora bien:

... si se quieren respetar los principios de intervención mínima y de proporcionalidad, habrá que incorporar a la descripción típica elementos que denoten la afectación de ese bien jurídico, concebido ante todo en su dimensión colectiva institucional, sin perjuicio de que pudiera integrar asimismo la vertiente de afectación a los intereses patrimoniales de los competidores.

Ante esta situación de indefinición de cuál pudiera ser el bien jurídico que se tutela por el delito contenido en el art. 286 bis CP, han surgido otras propuestas por parte de distintos autores en las que se barajan bien diversas perspectivas del mismo bien jurídico, bien diversos bienes jurídicos que pudieran resultar afectados, configurándose el tipo penal como pluriofensivo. Así, por ejemplo, Silva Sánchez<sup>44</sup> diferencia dos intereses protegidos diferentes dependiendo del concreto apartado del art. 286 bis al que nos refiramos; de este modo, la modalidad de *corrupción pasiva* contenida, tras la reforma de 2015, en el primer apartado del art. 286 bis, tendría como perspectiva preferente la *deslealtad interna* (*conductas internamente desleales*) que “perjudican a la empresa a la que los sujetos corruptos se hallan vinculados por lazos más o menos intensos de lealtad institucional”; por otro lado, en la *corrupción*

*activa*, apartado segundo del art. 286 bis, prevalecería la *deslealtad externa* (*conductas externamente desleales*) que perjudicarían los

... intereses de las empresas o particulares, que ofreciendo sus bienes y servicios sin acompañarlos de incentivos individuales injustificados, son preteridos a favor de aquellos que, aún ofreciendo bienes o servicios de calidad inferior o superior precio, sí incentivan administradores, directivos, empleados o colaboradores de la empresa receptora.

Son dos los aspectos que se deben analizar respecto de este planteamiento: por un lado, el relativo a la posible existencia de dos bienes jurídicos diferenciados en virtud de los distintos apartados del precepto que estamos analizando, lo cual resulta cuestionable, como incluso acepta el propio Silva Sánchez, quien reconoce que “no puede negarse que cada grupo de sujetos contribuye a la realización del hecho por parte del otro y que, en el caso de que el concierto acabe produciéndose, todos son responsables de todo”.<sup>45</sup>

La crítica principal que podría realizarse es que no se trata de dos hechos diferenciados contenidos cada uno de ellos en uno de los apartados del art. 286 bis, sino que hay un *único hecho*, pero contemplado desde distintas perspectivas, con lo cual resulta difícilmente sostenible la presencia de dos bienes jurídicos diferenciados.<sup>46</sup> Por otro lado, el segundo de los aspectos que resulta preciso analizar en relación con este planteamiento de bien jurídico protegido en el delito de corrupción entre particulares radica en que lo que se deriva no es un bien jurídico supraindividual o colectivo identificado como competencia leal, sino un bien jurídico más individual cual es los intereses patrimoniales, bien de la propia empresa, bien de los consumidores. Ello nos lleva a dos conclusiones: en primer lugar que de la forma de tipificación realizada por el legislador respecto del delito contenido en el art. 286 bis CP no puede sostenerse que la competencia leal sea el único, ni siquiera el principal bien jurídico protegido por cuanto las conductas reguladas carecen en su mayoría de potencialidad ofensiva

<sup>42</sup> Cfrs. Encinar Del Pozo, *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, op. cit., pág. 277.

<sup>43</sup> Cfrs. Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, 6ª ed., op. cit., pág. 417.

<sup>44</sup> Cfrs. Silva Sánchez, “El delito de corrupción entre particulares (Art. 286 bis)”, en *El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma*, Silva Sánchez (direct.), Pastor Muñoz (coord.), La Ley, Madrid, 2011, pág. 420.

<sup>45</sup> Cfrs. Silva Sánchez, *ibidem*.

<sup>46</sup> En relación con este planteamiento, afirma Bolea Bardón, “El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, en *InDret*, 2/2013, pág. 13 que esta última afirmación de Silva Sánchez resulta plenamente acertada pero que “habría que añadir que todos son responsables de todo porque el hecho es el mismo para todos”.

## A propósito de la legitimidad del delito de corrupción entre particulares

respecto del mismo y las que si podrían serlo (como aquellas derivadas del comportamiento del titular de la empresa) se encuentran excluidas de su ámbito típico; y, ello nos lleva a la segunda de las conclusiones que se derivan de este planteamiento, esto es, que nos encontramos ante un delito pluriofensivo donde lo que se protege inmediatamente son los intereses patrimoniales (de los competidores o de la propia empresa) y mediatamente el bien jurídico colectivo que pudiera ser la competencia leal. A este respecto son válidas las críticas que hemos realizado al analizar los intereses patrimoniales como bien jurídico protegido, por un lado, porque podría resultar contrario al principio de libertad de empresa y de mercado que no conlleva obligación alguna de dar un trato igualitario a los competidores, y por otra parte, porque el perjuicio causado a la propia empresa encuentra claramente acomodo en otros delitos contra el patrimonio como pudiera ser la administración desleal o la apropiación indebida.

Una doble perspectiva respecto del bien jurídico competencia leal, conlleva el planteamiento de Bolea Bardón,<sup>47</sup> al afirmar que

... lo que se intenta proteger a través de este delito es la afectación de la capacidad competitiva de la empresa ad extra y ad intra, esto es: por un lado, el interés de los terceros competidores en no quedar desplazados por ofertas claramente peores que, sin embargo, son preferidas por venir acompañadas de incentivos, beneficios o ventajas; y, por otro, el interés de la propia empresa en que el encargado adquiera bienes o servicios que constituyan la mejor oferta en el mercado.

Nuevamente, los intereses de los involucrados (competidores y la propia empresa) en la realización de cualquier actividad de negocios pasan a constituir el eje central de la definición del interés objeto de protección de este delito. Incluso, la propia autora afirma que “la afectación de la competencia es siempre un bien jurídico mediato, que se debe lesionar necesariamente a través de la vulneración de las relaciones internas de confianza entre empresa y administrador, directivo, empleado o colaborador”.<sup>48</sup>

<sup>47</sup> Cfrs. Bolea Bardón, “El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, op. cit., págs. 13 y ss.; la misma, “El delito de corrupción privada”, op. cit., págs. 109 a 111.

<sup>48</sup> Cfrs. Bolea Bardón, “El delito de corrupción privada”, op.

En definitiva, según Bolea Bardón, no se estaría protegiendo la competencia en sí misma, ni la competencia en igualdad de condiciones, ni tampoco el buen funcionamiento del mercado, sino que esta protección penal

... sólo opera (o debiera operar) cuando se altera el buen funcionamiento de las relaciones comerciales (afectación de la competencia) a través de la vulneración del deber (negativo) de no perjudicar el patrimonio de la empresa por parte del directivo, administrador, empleado o colaborador (afectación de la capacidad competitiva de la empresa a través de un acto de deslealtad).<sup>49</sup>

Por consiguiente, nuevamente el perjuicio de la empresa para la que trabaja aparece como elemento configurador del ilícito penal,<sup>50</sup> y ello porque, como señala, en las relaciones comerciales no concurre el principio de imparcialidad, que si se exige en la contratación pública,<sup>51</sup> de manera que el favorecimiento a una empresa frente a otra utilizando para ello criterios que se salgan de las reglas comerciales de la buena fe y del correcto funcionamiento del mercado, podrán configurar ilícitos administrativos o mercantiles, pero no ilícitos penales, y todo ello sobre la base de la *libertad de mercado* que implica la libertad de contratar la oferta menos ventajosa.<sup>52</sup> Todo ello le lleva a afirmar que los comportamientos susceptibles de ser sancionados como delito de corrupción entre particulares, en cuanto conlleva la afectación del patrimonio de la empresa para que los sujetos activos trabajen, entraría en concurso de leyes con el delito de administración desleal, que quedaría absorbido en virtud del principio de especialidad por el delito contenido en el art. 286 bis CP.<sup>53</sup>

cit., pág. 110.

<sup>49</sup> Cfrs. Bolea Bardón, *ibidem*; la misma, “El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, op. cit., pág. 14.

<sup>50</sup> De hecho, esta misma autora afirma categóricamente que desde su postura cabe sostener que no todo pago de comisiones que se realice para obtener una ventaja comercial constituye un delito de corrupción entre particulares, sino que “para que el hecho sea típico es necesario que el pago se realice en perjuicio de la empresa del sobornado”, cfrs. Bolea Bardón, “El delito de corrupción privada”, op. cit., pág. 111.

<sup>51</sup> Extremo este que ya había sido puesto de relieve por Faraldo Cabana, “Hacia un delito de corrupción en el sector privado”, op. cit., págs. 69 y 72.

<sup>52</sup> Cfrs. Gili Pascual, “Pago de comisiones en el ámbito de los negocios y *kick-hacks*”, op. cit., págs. 76 y ss.

<sup>53</sup> Cfrs. Bolea Bardón, “El delito de corrupción privada”, op.

La pregunta es evidente, si los comportamientos regulados en el art. 286 bis ya encontraban acomodo en el delito de administración desleal, ¿para qué se sancionan específica y autónomamente? Si la respuesta radica en la protección de la competencia leal, como veremos, resulta necesaria una modificación de la tipificación realizada a fin de que efectivamente se sancionen conductas que conlleven una efectiva lesividad para el bien jurídico que se protege, y que ello no dependa en exclusiva de la afectación de intereses patrimoniales de los distintos sujetos involucrados.

## 2.4 Configuración como delito pluriofensivo

Las dificultades a la hora de identificar un único bien jurídico en el delito de corrupción entre particulares, incluso desde los planteamientos que enfocaban la protección de este interés desde diversas perspectivas, junto con el hecho de que, de un modo u otro, todos ellos se veían abocados al recurso de la afectación del patrimonio de la empresa o de los competidores como referente para la configuración del objeto de protección que se deriva de la concreta tipificación que en el art. 286 bis se ha realizado, ha determinado que un sector doctrinal considere que nos encontramos ante un delito pluriofensivo mediante el cual se están protegiendo diversos intereses.

De este modo, aceptan que la competencia leal es un bien jurídico necesitado de protección penal, pero no en todos los supuestos en los que concurran sobornos o comisiones se va a producir un menoscabo del mismo, con la suficiente gravedad y relevancia como para legitimar la tipificación penal, de manera que resultará preciso identificar otra serie de intereses o bienes que pretendan protegerse mediante la criminalización de este tipo de comportamientos.

Partiendo de este planteamiento, De la Cuesta Arzamendi y Blanco Cordero<sup>54</sup> sostienen tanto que la competencia leal está necesitada de protección penal, como que los comportamientos tipificados concretamente en el art. 286 bis CP configuran prácticas incorrectas o ilícitas de concurrencia, pero ello, en principio, no justifica el recurso al derecho penal para su salvaguardia, dado que encuentra adecuada

cit., págs. 110 y 111, nota 32.

<sup>54</sup> Cfrs. De la Cuesta Arzamendi/Blanco Cordero, “La criminalización de la corrupción en el sector privado”, op. cit., pág. 286 y ss.

protección en la legislación administrativa y mercantil al respecto; y es por ello que consideran preciso que junto a esa afección de la competencia, reflejada en un menoscabo sustancial de la misma, concurran otra serie de elementos o intereses, como la infracción de deberes del sujeto activo (elemento que resultaría más cuestionable tras la reforma realizada por la LO 1/2015) y, además, *un peligro concreto para el patrimonio de terceros (empresario, competidores o consumidores)*. De este modo, configuran el delito de corrupción entre particulares como pluriofensivo, donde la legitimidad de la intervención penal solo se derivará de la afección de los distintos intereses mencionados y que se protegen en el precepto.<sup>55</sup>

En similar sentido se pronuncia Gili Pascual, quien acepta igualmente que la competencia leal<sup>56</sup> es un bien jurídico legítimo que debe conllevar protección penal; tutela que puede derivarse del art. 286 bis, aunque sería de manera mediata, dado que la protección inmediata se predicaría de un bien jurídico individual, cual sería en su opinión los intereses legítimos de los competidores en el mercado.<sup>57</sup> A ello añade que la fidelidad hacia el empresario para el cual trabajan los sujetos activos, complementaría la protección de la competencia leal, entendiendo este deber de fidelidad como el *deber de protección del patrimonio del empresario*.<sup>58</sup> Desde este prisma, no todos los actos de corrupción que pudieran derivarse de la Ley de Competencia desleal, deben ser tipificados penalmente, dado que no conllevarían la suficiente potencialidad lesiva como para determinar su criminalización, sino solo aquellos que impliquen peligro o lesión (según los casos) para todos los intereses tutelados.<sup>59</sup> El resto de supuestos debería quedar relegado al ámbito administrativo o mercantil correspondiente.

De igual modo existen otros planteamientos pluriofensivos sostenidos por diversos autores que se basan en la misma existencia de los tres intereses

<sup>55</sup> Cfrs. De la Cuesta Arzamendi/Blanco Cordero, “La criminalización de la corrupción en el sector privado”, op. cit., pág. 290.

<sup>56</sup> Así, Gili Pascual, “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada”, op. cit., pág. 9, se refiere a la competencia leal, como *competencia económica*, entendiendo por tal el “conjunto de los principios concurrenciales del sistema económico establecido en la Constitución”.

<sup>57</sup> Cfrs. Gili Pascual, “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada”, op. cit., pág. 20.

<sup>58</sup> Cfrs. Gili Pascual, “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada”, op. cit., pág. 27.

<sup>59</sup> Cfrs. Gili Pascual, “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada”, op. cit., pág. 35.

## A propósito de la legitimidad del delito de corrupción entre particulares

ya señalados: la competencia leal, los intereses de la propia empresa y los intereses de los competidores, o bien, aquellas que sostienen que el bien jurídico protegido es la lealtad de la competencia, pero junto a ella se debe tutelar, al menos de forma indirecta, los intereses patrimoniales de los competidores y de los empresarios.<sup>60</sup>

Respecto de estos planteamientos pluriofensivos es preciso realizar algunas precisiones. En primer lugar, consideramos que, al referirse a los intereses de los competidores, en realidad, se está haciendo referencia a los intereses *patrimoniales* de aquellos sujetos que se ven desplazados en relación con una oferta o negocio cuando media algún tipo de ventaja, comisión o soborno por parte de alguno de los oferentes. De este modo, lo que sufriría el competidor excluido no sería una pérdida patrimonial, sino una frustración de sus expectativas de ganancias al verse apartado de la oferta; expectativa de ganancia que no constituye elemento del patrimonio y, consecuentemente, no puede provocar menoscabo del mismo. La única opción válida sería, entonces, considerar que la frustración de esa expectativa de ganancia (futura e incierta) constituye un interés patrimonial del competidor que debe ser protegido por el derecho penal, lo cual resulta cuanto menos cuestionable.

En segundo lugar, al referirse al los intereses de la propia empresa, también se está haciendo referencia a aquellos que tienen un contenido patrimonial, en el sentido de que el sujeto activo debe evitar producir un perjuicio al patrimonio de su empresa derivado de su opción por una oferta concreta, bien porque la comisión o soborno proceda del sobreprecio que se ha ofertado y aceptado, bien porque la oferta que se elija no se adecúe a las necesidades de la demanda e implique un sobrecoste para asumirla, etcétera. Resulta evidente, como ya hemos señalado reiteradamente, que en estos supuestos nos encontraríamos ante un delito de administración desleal que daría perfecta respuesta a los hechos realizados.

Es cierto, y así lo reconoce Martínez-Buján Pérez,<sup>61</sup> que esta interpretación pluriofensiva intenta tomar en consideración todos los elementos típicos

del delito de corrupción entre particulares, tal como aparecía regulado en su tipificación inicial, así como en la modificación de 2015 donde desaparecen algunos y aparecen otros nuevos, tratando de coordinarlos; sin embargo, aunque quizás sea la única opción interpretativa posible de la regulación existente en este momento, considera este autor que “se basa en un modelo de tipificación que resulta político-criminalmente insostenible”, por cuanto

... mezcla indebidamente dos bienes jurídicos diferentes: la competencia (sea como un bien jurídico institucional colectivo, sea como un bien jurídico individual representado por los intereses de los competidores, sea como la suma de los dos) o el patrimonio del titular de la empresa.

Cuando realmente en derecho comparado se reconocen modelos basados en alguno de estos bienes jurídicos, pero nunca en los dos.<sup>62</sup>

También como crítica a este planteamiento pluriofensivo, señala Feijóo Sánchez,<sup>63</sup> que desde este prisma podría correrse el riesgo de una aplicación del tipo penal extensiva y arbitraria al permitir tomar en consideración, de manera aleatoria, diversos aspectos que interesen respecto de cada caso en concreto a fin de sancionar conductas que, pudiendo ser poco éticas o incluso infringir la normativa relativa a la competencia, sin embargo no conlleven la gravedad y el desvalor necesarios que legitimen su sanción penal.

Ante esta situación de debate en la doctrina respecto a cuál o cuáles puedan ser los bienes o intereses objeto de tutela penal en relación con el delito de corrupción entre particulares contenido en el art. 286 *bis* CP, consideramos que resultaría necesario, a modo de

<sup>60</sup> Vid., por todos. Encinar Del Pozo, *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, op. cit., pág. 271.

<sup>61</sup> Cfrs. Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, 6ª ed., op. cit., pág. 416; el mismo, “La corrupción entre particulares”, op. cit., pág. 701; Encinar Del Pozo, *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, op. cit., pág. 271.

<sup>62</sup> Efectivamente, en el derecho alemán existe un amplio consenso doctrinal respecto a que el bien jurídico protegido en el § 299 StGB (corrupción y sobornos en las relaciones comerciales) lo constituye la competencia leal como interés supraindividual, siendo mayoritaria la doctrina que entiende que se configura como un delito de peligro abstracto al no requerir el tipo penal ni la efectiva lesión de los intereses patrimoniales de los competidores ni de los de la propia empresa; mientras que la vertiente patrimonialista, entendida como la protección del patrimonio de la propia empresa, del bien jurídico tiene su paradigma en el derecho italiano, donde ha recibido amplias críticas de la doctrina. Sobre la situación en Derecho comparado, vid. De la Cuesta Arzamendi/Blanco Cordeiro, “La criminalización de la corrupción en el sector privado”, op. cit.; Bolea Bardón, “El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, op. cit.

<sup>63</sup> Cfrs. Feijóo Sánchez, “Imputación objetiva en el Derecho penal económico”, op. cit., pág. 169.

conclusión y de toma de postura al respecto, tratar de identificar cuál debiera ser efectivamente el bien jurídico que debería protegerse, si la regulación actual responde adecuadamente a esa necesidad de protección, y si efectivamente es necesaria una regulación específica en esta materia.

### 3. La identificación del objeto de tutela del delito de corrupción entre particulares como fundamento de su legitimación penal

Como punto de partida consideramos que es preciso señalar que la existencia de un mandato europeo de incriminación penal de determinados comportamientos, en el caso concreto de la Decisión Marco 2003/568/JAI, relativos a la corrupción privada, o entre particulares o en los negocios, conlleva un compromiso de implementación del mismo para los Estados Miembros en sus respectivos ordenamientos jurídicos. Pero ello no implica que esta incorporación tenga que ser automática, aséptica y acrítica, sino que, por el contrario, el legislador nacional debe asegurarse de la legitimidad de esta incriminación a la luz de los principios informadores del *ius puniendi* que rigen en nuestro ordenamiento jurídico, así como del respeto de los derechos y garantías recogidos en nuestra Constitución. Por tanto, implica una obligación de armonizar el mandato normativo de la Unión Europea con nuestro ordenamiento jurídico. Se trata, en definitiva, de otorgar legitimidad primero a cualquier incriminación que se realice *ex novo* en nuestro Código penal y, segundo, a la concreta regulación que de la misma se realice. O, lo que es lo mismo, es preciso encontrar un referente válido que legitime la criminalización de los concretos comportamientos en cuestión, referente que no puede ser otro que el bien jurídico protegido, así como una tipificación concreta que represente al menos una potencial lesividad respecto de ese bien jurídico. No puede ni debe aceptarse otro planteamiento en un Estado de derecho como el nuestro.

Estas exigencias, que son predicables respecto de la incorporación de cualquier tipo delictivo a nuestro ordenamiento jurídico penal, lo son igualmente respecto del delito de corrupción entre particulares. Debemos comenzar, por tanto, identificando, cual debería ser (prisma totalmente diferente al que hemos analizado hasta este momento que se centra en lo que

es, esto es, en lo que se deriva de la concreta regulación existente tras las LLOO 5/2010 y 1/2015), el interés o bien susceptible de protección en este ámbito, cómo podría verse lesionado el mismo y si la regulación existente responde a estas exigencias de lesividad o si debiera recurrirse a otra forma de tipificación a fin de dar respuesta adecuada y legítima al mandato derivado de la mencionada Decisión Marco. Pero vayamos por partes.

Señala acertadamente Gili Pascual<sup>64</sup> que resulta significativo que de los autores que analizaron la posible incorporación de este delito a la luz de las exigencias derivadas de la Acción Común del Consejo 1998/742/JAI, de 22 de diciembre, sobre corrupción en el sector privado (hoy derogada), solo Faraldo Cabana se pronunciase a favor de su incorporación considerando que conllevaría un valioso efecto preventivo, mientras que tanto Nieto Martín como De la Cuesta Arzamendi y Blanco Cordero centrasen sus trabajos en tratar de justificar su incorporación atendiendo fundamentalmente a la necesidad de una clara restricción de su aplicación y de su contenido,<sup>65</sup> y que lo debe tenerse presente es que, aunque la eficacia preventiva de una norma no deba ser despreciada o desvalorada, lo que “deber considerarse de todo punto censurable, por contraproducente, es la incursión en el terreno del mero Derecho penal simbólico”.<sup>66</sup>

En definitiva, se hace preciso, en relación con la legitimidad del delito de corrupción entre particulares, conjugar varios aspectos: identificar un interés

<sup>64</sup> Cfrs. Gili Pascual, “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada”, op. cit., pág. 10.

<sup>65</sup> Así, señala Gili Pascual, “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada”, op. cit., págs. 10 y 11, nota 32, que De la Cuesta Arzamendi/Blanco Cordero, propugnaron una tipificación en clave reforzada en la que, junto con la infracción de deberes y el menoscabo sustancial de la competencia se exigiese la verificación de un peligro concreto para el patrimonio de terceros (empresario, competidores, consumidores...) derivando el resto de comportamientos desleales a las esferas civil o administrativa, al menos en tanto no quedase demostrada su ineficacia desde el punto de vista preventivo; mientras que Nieto Martín, se opuso a la introducción de este delito tal y como se proponía, considerando que debía orientarse en clave patrimonial, como figura más similar a la administración desleal que a un delito contra la competencia.

<sup>66</sup> Cfrs. Gili Pascual, “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada”, op. cit., pág. 11 y ss., donde pone de ejemplo la experiencia alemana, donde, incluso admitiendo que las conductas de corrupción se consideran especialmente corrosivas y devastadoras para el sistema económico, las sentencias recaídas por ese concepto son meramente testimoniales, siendo en realidad el delito de Administración desleal (*Untreue*) del §266 StGB, el que termina aplicándose en estos supuestos.



## A propósito de la legitimidad del delito de corrupción entre particulares

merecedor de protección en este ámbito, establecer qué tipo de comportamientos pudieran resultar lesivos para el mismo, identificar si la solución del conflicto puede venir por otra vía o es necesario el recurso al derecho penal (principio de intervención mínima) o si la respuesta penal ya existiese, establecer una tipificación que respete los principios informadores de nuestro derecho penal, incluido el principio de lesividad, y que no suponga una mera manifestación del derecho penal simbólico.

Tal como hemos ido poniendo de relieve al analizar las distintas posturas que se sostienen por la doctrina en relación con el bien jurídico protegido que se deriva, o parece derivarse de la concreta regulación que contiene nuestro Código penal, resulta evidente que la vertiente patrimonialista del mismo, tanto se considere como único bien a proteger como se configure como pluriofensivo, no resulta sostenible por innecesaria, por un lado, y por carente de lesividad y legitimidad, por el otro. Efectivamente, señalábamos que los planteamientos patrimonialistas podían centrarse en dos, bien separados, o bien unidos a otros: la protección de los intereses patrimoniales de la propia empresa, y la protección de los intereses patrimoniales de los competidores.

Respecto del primero de ellos (los intereses patrimoniales de la propia empresa), necesariamente sería preciso acreditar que la conducta del sujeto activo (administrador, directivo, empleado o colaborador de la empresa) podría resultar lesiva para el patrimonio de la misma, siendo idónea para producirle un perjuicio patrimonial, entendido este como menoscabo efectivo del patrimonio y no como mera frustración de las expectativas. Es decir, se sancionarían penalmente aquellos comportamientos en los cuales el sujeto activo aceptase ventaja, comisión o soborno para aceptar una determinada oferta, y que ello pudiera implicar un directo perjuicio para el patrimonio de la empresa para la que trabaja; sería, por ejemplo, el supuesto del *kick-back*, en el cual el sujeto activo pacta con un ofertante un precio de venta muy elevado, y posteriormente recibe el monto de la diferencia respecto del precio regular de compra. El perjuicio patrimonial para la empresa es evidente por cuanto paga una cantidad mayor de la que debiera, pero es que este tipo de comportamientos ya encuentra acomodo en el delito de administración desleal, sin que sea precisa una criminalización autónoma de estos

comportamientos, que lo único que van a provocar es la existencia de problemas concursales absolutamente innecesarios.<sup>67</sup>

En relación con los intereses patrimoniales de los competidores, como ya hemos señalado reiteradamente a lo largo de este trabajo, tampoco puede mantenerse como bien objeto de tutela por cuanto los comportamientos que pretenden sancionarse no conllevarían la posibilidad de un efectivo menoscabo de su patrimonio, sino, todo lo más, la frustración de unas potenciales expectativas de ganancias (el hecho de que no existiese ninguna ventaja, comisión y soborno, tampoco aseguraría que fuese la opción elegida) que no son susceptibles de protección por el derecho penal. Otro planteamiento determinaría, en nuestra opinión, una clara lesión de la libertad de mercado, que permite a las empresas contratar con quien consideren oportuno sean las que sean las razones que los llevan a ello.<sup>68</sup>

Tampoco consideramos que sea sostenible que el bien jurídico protegido deba serlo el deber de fidelidad respecto del titular de la empresa para la que se trabaja, en primer lugar porque ello implicaría la exigencia de una afección del patrimonio del empresario o de la empresa que, como ya hemos señalado reiteradamente, nos conduciría a un delito de administración desleal; en segundo lugar, porque dejaría sin contenido el delito corrupción activa (dado que los competidores que realizan la oferta de la ventaja, comisión o soborno, obviamente no pueden infringir ningún deber de lealtad), y, por último, porque la reforma de 2015 elimina de la descripción típica la exigencia de que concurra un incumplimiento de obligaciones por parte del empleado que acepta la comisión, ventaja o soborno.

Eliminada la posibilidad de que los bienes jurídicos mencionados puedan constituir el interés objeto

<sup>67</sup> Cfrs. en el mismo sentido, García Albero, “Corrupción en los negocios y modificación del cohecho”, op. cit., pág. 555. De otra opinión, Bolea Bardón, “El delito de corrupción privada”, op. cit., pág. 114, donde señala que el art. 286 *bis* CP dispone de un ámbito de aplicación propio pero que este es “muy reducido, pues únicamente cuando la conducta de favorecimiento (indebido) vulneradora de las reglas de libre competencia es idónea para perjudicar los intereses de la empresa para la que se trabaja, cabe apreciar el delito previsto en el Art. 286 bis”.

<sup>68</sup> Obviamente, siempre que la opción sea realizada de manera libre y voluntaria, dado que si concurre en la elección algún tipo de presión que conlleve violencia o intimidación, nos encontraríamos de lleno en otros tipos penales, como amenazas, coacciones, etcétera.

de tutela en el delito de corrupción entre particulares, la única opción que pudiera parecer viable a la hora de sancionar estos comportamientos sería la de entender que el bien jurídico que se protege es la competencia leal, si es que realmente fuera precisa su incriminación, lo cual ya resulta altamente discutible; o lo que es lo mismo, como señala Martínez-Buján Pérez<sup>69</sup> “es obvio que debe optar por el modelo basado en la afectación de la competencia”, por cuanto sería el único que podría revestir las características de legitimidad necesarias como para que se le otorgase una protección penal *ex novo*, por no existir hasta el momento.

Ahora bien, esta nueva tipificación debe incorporar a la descripción típica elementos que denoten una efectiva afectación de ese bien jurídico entendido como “conjunto de los principios concurrenciales del sistema económico establecidos en la Constitución”.<sup>70</sup> Como punto de partida en relación con esta tipificación, debemos señalar que la doctrina ha identificado dos ideas centrales al definir la competencia como objeto de protección: que la competencia perfecta o pura no existe,<sup>71</sup> y que su protección solo es posible desde lo establecido en nuestro texto constitucional,<sup>72</sup> y todo ello conduce a que es preciso respetar la libertad de mercado, de los agentes económicos, y de los consumidores. Por tanto, solo aquellos comportamientos que implicaran una grave distorsión del correcto funcionamiento del mercado y de las reglas de la buena fe, y que, con ello, pusieran en peligro la competencia serían susceptibles de poder ser sancionados penalmente. O, lo que es lo mismo, la grave distorsión del correcto funcionamiento del mercado y de las reglas de buena fe, debería ser uno de los elementos esenciales de la descripción típica.<sup>73</sup>

<sup>69</sup> Cfrs. Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, 6ª ed., op. cit., pág. 416.

<sup>70</sup> Cfrs. Gili Pascual, “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada”, op. cit., pág. 9.

<sup>71</sup> Cfrs. Ventura Püschel, “Sobre la tipificación de la mal llamada corrupción entre particulares”, en *La adecuación del Derecho penal español al Ordenamiento de la Unión Europea*, Álvarez García (direct.), Valencia 2009, pág. 499, con cita de numerosa doctrina mercantilista.

<sup>72</sup> Encinar Del Pozo, *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, op. cit., pág. 274.

<sup>73</sup> Para Ventura Püschel, “Sobre la tipificación de la mal llamada corrupción entre particulares”, op. cit., pág. 508, nota 53, esta grave alteración de la competencia constituye uno de los requisitos básicos para la configuración de un tipo penal que proteja la competencia leal en el ámbito privado, basándose para ello en el planteamiento sobre el § 299 StGB, que se realizan en Schöncke/Schröder, *Comentarios al StGB*, 27ª edición, §§ 299 StGB: “El

En segundo lugar, si lo que se está protegiendo real y exclusivamente, por ser el único planteamiento legítimo, es la competencia leal, libre y honesta, deberían incluirse dentro del círculo de sujetos activos del delito todos aquellos que, de manera clara e innegable, tuvieran potencialidad para lesionar el mismo. Y si hay algún sujeto que, como hemos dicho anteriormente, reúne las competencias necesarias para poder realizar comportamientos que afecten el interés a proteger, es justamente el titular de la empresa o empresario que reviste posición de garante en relación con la competencia leal; y, obviamente, junto a él todos aquellos que de algún modo pudieran lesionarla.

Si lo que se pretende con esta concreta tipificación es evitar la vulneración de las reglas de buena fe reguladoras del mercado y respetar la eficiencia como criterio de selección de ofertas de productos y servicios, resulta innegable que la conducta del titular del negocio que acepta ventajas, comisiones o sobornos para elegir una de las ofertas frente a otras, ejecuta un comportamiento tan lesivo como el de sus empleados, directivos o colaboradores, sin que pudiera alegarse, respecto de él, la libertad de mercado por cuanto esta afectaría también al resto de sujetos activos si incluidos en la descripción típica;<sup>74</sup> siempre y cuando no quebranten o actúen en contra de la voluntad del empresario; y si lo hicieran, no vulnerarían con ello la competencia leal, sino un presunto deber de fidelidad hacia el mismo, que en el caso de conllevar un contenido patrimonial debería reducirse al delito de admi-

concepto de deslealtad es independiente de otras ramas del ordenamiento... A la vista de los intereses protegidos se trata de la conservación de la equidad [justicia] vinculada a las condiciones de libre competencia en el mercado que, junto a los intereses de los competidores, se ponen en peligro por la intromisión de factores espurios de decisión, o capaces de incidir en la pureza [limpieza] de las condiciones de la competencia... “Desleal” es por tanto una decisión que se adopta o se encuentra dirigida o inducida por la ventaja legalmente exigida por el tipo penal... Quedan por tanto excluidos pequeños detalles, regalos promocionales o invitaciones a almuerzos o comidas que no implican favorecimientos espurios en tanto en cuanto carecen de virtualidad para inducir a decisiones comerciales relevantes; igualmente se excluyen rebajas de precio a salvo aquellas que no guarden relación o referencia razonable con el valor del producto o mercadería... Por principio tampoco han de resultar relevantes determinados gastos para la promoción o el mantenimiento de un “buen clima de negocio” siempre que los mismos se mantengan en un marco razonable desde el punto de vista de la competencia... Resulta asimismo irrelevante para su imputación que el responsable de la empresa tenga conocimiento del pago de dinero “negro”...

<sup>74</sup> Cfrs. Gili Pascual, “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada”, op. cit., pág. 13.

### A propósito de la legitimidad del delito de corrupción entre particulares

nistración desleal, y de no llevarlo, debería tratarse como un mero incumplimiento patrimonial.

Con la inclusión de los elementos que acabamos de mencionar sería posible sustentar una tipificación legítima del delito de corrupción entre particulares respondiendo al modelo competencial.<sup>75</sup> Ahora bien, esta no es la tipificación existente en nuestro Ordenamiento jurídico; de hecho, el art. 286 bis CP, ni exige grave distorsión alguna del mercado o de las reglas de competencia, ni incluye al titular de la empresa como posible sujeto activo de este delito; con lo cual, y sobre la base de todo lo expuesto, difícilmente podrá sostenerse que el bien jurídico concretamente protegido en el delito de corrupción entre particulares, según su regulación actual, viene constituido por la competencia leal, libre y honesta.

Con base en la situación expuesta, afirma Ventura Püschel<sup>76</sup> que

... tan sólo cabe concluir una de estas dos cosas: o en realidad, y en contra de lo que se afirma, se ha optado por un modelo político criminal de ampliación de la protección penal del patrimonio —de los empresarios y respecto de conductas lesivas del mismo por parte de los empleados en connivencia con otras empresas— (i), o son parámetros ajenos al concepto de bien jurídico y próximos a la ética (a la falta de ética de los trabajadores) los que han terminado por primar en la decisión de extender el transversal fenómeno de la corrupción a la incriminación del soborno “entre particulares” con una (político criminalmente) intencionada omisión de la corrupción “entre empresarios” (ii). Si estamos ante el primer supuesto, parece claro que se ha errado en la técnica de tipificación debiendo haberse optado, en su caso, por incorporar las conductas de pago o recepción de sobornos (o su tentativa por medio del simple ofrecimiento/promesa, o solicitud/aceptación de los mismos) como una modalidad específica de administración desleal en el ámbito de los delitos societarios”.

Mientras que

... si se trata de la segunda hipótesis, algo no descartable a la vista de la adopción del llamado modelo alemán

para la supuesta armonización de los ordenamientos de los países miembros de la Unión Europea, sucede que, más allá de la total ausencia de justificación de la necesidad de la medida, en aras a la consecución del espacio de libertad, seguridad y justicia a que se refiere el Art. 2 del TUE; y más allá, también, del carácter “simbólico” de semejante armonización, según ya he dicho anteriormente, estaría servida la crítica sobre el carácter sectario o parcial de la que se dice política criminal común, más atenta al enriquecimiento injusto de los empleados de los empresarios que a la efectiva distorsión del mercado por parte de los mismos (con idéntico fin).

#### 4. A modo de conclusión

Junto a todo lo expuesto en relación con la legitimidad de la intervención penal en esta materia que puede derivarse de la identificación de un concreto y específico objeto de tutela, se unen, aunque no son objeto de este trabajo, numerosos aspectos altamente cuestionables en relación con la concreta regulación típica que se ha realizado de esta figura delictiva contenida en el art. 286 bis CP, que se manifiestan en una altamente deficiente técnica legislativa. Así, por ejemplo, la exclusión del titular de la empresa del círculo de posibles sujetos activos del delito, la regulación de las conductas realizadas por los colaboradores, la indeterminación e incluso superposición de alguna de las conductas típicas contenidas (evidentemente quien recibe, previamente ha aceptado o solicitado), la indeterminación del objeto material del delito en relación con su carácter injustificado, el adelantamiento de la intervención penal al no exigir la concreta aceptación, recepción o entrega de la dádiva, sino el mero ofrecimiento o promesa de recibirlos, a lo cual se une un complejo elemento subjetivo del injusto.

Hasta este momento lo que en mi opinión ha quedado claro del análisis realizado, que se podría completar con las deficiencias indicadas, es que el que pareciera ser el único interés legítimo de protección no parece protegerse, al menos de forma directa en este precepto, sino que, de una u otra manera se acaba haciendo referencia a intereses patrimoniales, bien de terceros, bien de la propia empresa, como fundamento de esta intervención penal.

Ello nos lleva a terminar el presente trabajo con una nueva cuestión: ¿era realmente preciso tipificar

<sup>75</sup> Estas dos notas son las incluidas en la propuesta de tipificación que realiza Ventura Püschel, “Sobre la tipificación de la mal llamada corrupción entre particulares”, op. cit., págs. 512 y 513.

<sup>76</sup> Cfrs. Ventura Püschel, “Sobre la tipificación de la mal llamada corrupción entre particulares”, op. cit., pág. 509.

un delito de corrupción entre particulares que respondiera al mandato normativo de la Unión Europea? En contra de esta tipificación específica ya se habían pronunciado numerosos autores desde la Acción Común de 1998 hasta la reforma penal de 2015, pasando por la Decisión Marco de 2003 y la reforma penal de 2010 que introdujo este delito.<sup>77</sup> En esta misma línea, Muñoz Cuesta<sup>78</sup> se cuestiona la necesidad y legitimidad de este precepto en el que se sancionan conductas tan frecuentes y asumidas por la sociedad como entregar regalos, dádivas o hacer ofrecimientos de tipo económico a los responsables de empresas o entidades privadas por parte de vendedores de mercancías o prestadores de servicios para que sean ellos los elegidos, dado que “no es más que una parte del negocio de los afectados que en nada interesa a terceros y menos aún afecta en modo alguno a la estructura básica de un Estado”.<sup>79</sup>

Es preciso aceptar que los comportamientos corruptos en el sector privado son susceptibles de afectar a la competencia leal en tanto que pudieran distorsionar o perturbar el correcto funcionamiento del mercado y las reglas de competencia; la discusión no es esa, la discusión se centra en si los comportamientos descritos de actuaciones contrarias a la buena fe en el ámbito de la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, revisten la suficiente gravedad como para legitimar la intervención penal, por encima de otros medios como el derecho mercantil o el administrativo. De este modo, cuando la normativa extrapenal resulta suficiente y adecuada para proteger el bien o interés colectivo, como es la competencia, lo que efectivamente ocurre en este caso, el recurso a la in-

tervención penal para la protección de estos intereses es claramente contrario al principio de subsidiariedad.

La opción por tanto es clara. En nuestra opinión, solo aquellos supuestos de prácticas competitivas en el ámbito del mercado que impliquen una grave distorsión y alteración del correcto funcionamiento del mismo, tendrían la legitimidad suficiente como para poder ser sancionadas penalmente; y resulta claro que estos casos no son los que habitualmente se producen. En el resto de los casos, la vía de solución del conflicto estaría en el ámbito jurídico extrapenal, o bien, si existiese algún tipo de perjuicio para los intereses patrimoniales de la empresa para la cual trabaja el sujeto activo, estos comportamientos deberían sancionarse por la vía del delito de administración desleal.<sup>80</sup> Y resulta innegable que la vertiente patrimonialista del bien jurídico se encuentra presente en todas las posturas doctrinales al respecto, y más concretamente, la relativa a los intereses patrimoniales de la propia empresa para la cual trabaja el sujeto activo. Consecuentemente, quizás no quede más remedio que afirmar lo que venimos anunciando a lo largo de todo este trabajo, que la incorporación de un nuevo delito de corrupción entre particulares era del todo innecesaria por falta de lesividad en la mayor parte de los comportamientos regulados respecto de un bien jurídico colectivo, y por encontrar acomodo en otros tipos penales la protección del aspecto individual como los intereses patrimoniales de los empresarios.

## 5. Bibliografía

Benito Sánchez/Cerina, “Apuntes sobre los delitos de corrupción: problemas actuales y perspectivas de reforma”, en *De los delitos y de las penas, hoy: la nueva reforma del Código penal*, Diego-Díaz

<sup>77</sup> Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico y de la empresa*, op. cit.; el mismo, “La corrupción entre particulares”, op. cit., De la Cuesta Arzamendi/Blanco Cordero, “La criminalización de la corrupción en el sector privado”; Nieto Martín, “La corrupción en el sector privado...”, op. cit.; Ventura Püschel, “Sobre la tipificación de la mal llamada corrupción entre particulares”, op. cit.

<sup>78</sup> Cfrs. Muñoz Cuesta, “La corrupción entre particulares”, op. cit., pág. 1.

<sup>79</sup> Así, señala concretamente que, “si un adquirente de mercancías de una empresa en la que todos sus socios están de acuerdo en recibir regalos de cuantía importante para contratar el suministro con una determinada persona física o jurídica y no con otra que fabrica los mismos productos, ¿por qué ha de inmiscuirse el Estado con la amenaza del Derecho penal para impedir esa contratación?, ¿no puede ser simplemente que a los contratantes les interesan esos regalos para así satisfacer sus deseos de negocio y ello forma parte de la finalidad que persiguen?”, cfrs., Muñoz Cuesta, *ibidem*.

<sup>80</sup> Cfrs. Nieto Martín, “La corrupción en el sector privado...”, op. cit., págs. 68 y 69, donde propone la creación de un delito de *administración desleal mediante el pago de sobornos* y de uno paralelo de *administración desleal mediante la recepción de sobornos*. Una línea similar es la que existe en el ordenamiento austriaco, donde desde 1987 existe un tipo denominado “aceptación de ventanillas indebidas por parte del representante” (§153a StGB austriaco); y, más recientemente, el legislador italiano, en una reforma de los delitos societarios realizada en 2002, ha incorporado un nuevo tipo penal de la “infidelità a seguito di dazione o promessa di utilità” (Art. 2635 del Código civil reformado); vid., al respecto, Foffani, “La corrupción privada”, en *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Arroyo Zapatero/Nieto Martín (coords.), Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006, pág. 387.

## A propósito de la legitimidad del delito de corrupción entre particulares

- Santos/Matellanes Rodríguez/Fabián Caparrós (coords.), Salamanca 2009.
- Blanco Cordero, “La reforma de los delitos de corrupción mediante Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas”, en *Diario La Ley*, n° 7534, 2010.
- Bolea Bardón, “El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, en *In-Dret*, 2/2013.
- \_\_\_\_\_, “El delito de corrupción privada: bien jurídico y *ratio legis*”, en Castro Moreno/Otero González (direct.) *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación público y privada*, Dykinson, Madrid, 2016.
- Castro Moreno, “Corrupción entre particulares”, en *Memento Experto Francis Lefebvre, Reforma penal, Ley Orgánica 5/2010*, ORTIZ DE URBINA (coord.), n° 2732, 2010.
- De la Cuesta Arzamendi/Blanco Cordero, “La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del derecho penal español?”, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, Libro Homenaje al Profesor Cerezo Mir, Madrid 2003.
- Encinar Del Pozo, *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, Pamplona, 2016.
- Faraldo Cabana, “Hacia un delito de corrupción en el sector privado”, en *Estudios penales y Criminológicos*, t. XXIII, Santiago, 2002.
- Feijóo Sánchez, “Imputación objetiva en el Derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el Derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares”, en Silva Sánchez/Miró Llinares (edit.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, 2013.
- Foffani, “La corrupción privada”, en *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Arroyo Zapatero/Nieto Martín (coords.), Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006.
- Galán Muñoz, en Galán Muñoz/Nuñez Castaño, *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- García Albero, “Corrupción en los negocios y modificación del cohecho”, en *Comentario de la reforma penal de 2015*, Quintero Olivares (direct.), Pamplona, 2015.
- Gil Nobajas, “El delito de corrupción en los negocios (Art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV (2015).
- Gili Pascual, “Bases para la delimitación del ámbito típico del delito de corrupción privada”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2º época, n° 19, 2007.
- \_\_\_\_\_, “Pago de comisiones en el ámbito de los negocios y kick-hacks: entre la administración desleal, la apropiación indebida y la corrupción privada”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n° 109, 2013.
- González Rus, “Reformas pretendidas en los delitos relativos al mercado y los consumidores y en los delitos societario por el Proyecto de Ley LO 121/000119, de modificación del Código penal”, en Benítez Ortuzar (coord.), *Reforma del Código penal: Respuestas para una sociedad del siglo XXI*, Madrid, 2008.
- Kindhäuser, “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán”, en *Política criminal*, n° 3, 2007, A1, [http://www.politicacriminal.cl], ult. consulta. 12-enero-2018.
- Koepsel, *Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§299 StGB). Eine Fallanalyse zur Ermittlung von Anwendungsbereich und Grenzen der Norm*, V&R Unipress, Osnabrück, 2006.
- Martínez- Buján Pérez, *Derecho penal económico y de la empresa, Parte especial*, 6ª ed., Valencia, 2019.
- \_\_\_\_\_, “La corrupción entre particulares (Art. 286 bis del Código penal español)”, en *Libro Homenaje a Rodríguez Ramos*, ALVAREZ GARCIA Y OTROS (coords.), Valencia, 2013
- \_\_\_\_\_, *Derecho penal económico. Parte Especial*, Valencia 1999.
- Mendoza Calderón, “La corrupción en el sector farmacéutico: análisis de su incidencia en el ámbito europeo y su trascendencia en el Derecho penal español”, en *Revista General del Derecho*, n° 27, 2017, www.iustel.com.
- Morales Prats/Morón Lerma, “Corrupción entre particulares (comentario al Art. 286 bis del CP)”, en

- La corrupción a examen*, Cizur-Menor (Navarra), 2012.
- Muñoz Conde, *Derecho Penal, Parte Especial*, 20ª ed., Valencia 2015.
- Muñoz Cuesta, “La corrupción entre particulares: problemas que plantea su aplicación”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 8/2001, Cizur menos, 2011.
- Navarro Massip, “El delito de corrupción entre particulares”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 11/2011.
- Nieto Martín, “La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho Comparado)”, en *Revista penal*, nº 10, 2002.
- Santana Vega/Gómez Martín, “Arts. 278-289”, en *Comentarios al Código penal, Reforma 5/2010*, Corcoy Bidasolo/Mir Puig (direct.), Valencia, 2011.
- Silva Sánchez, “El delito de corrupción entre particulares (Art. 286 bis)”, en *El nuevo Código penal, Comentarios a la reforma*, Silva Sánchez (direct.), Pastor Muñoz (coord.), La Ley, Madrid, 2011.
- Ventura Püschel, “Sobre la tipificación de la mal llamada corrupción entre particulares”, en *La adecuación del Derecho penal español al Ordenamiento de la Unión Europea*, Álvarez García (direct.), Valencia 2009.



## Derecho y control. La ideología de la defensa social

José Zamora Grant

Instituto Nacional de Ciencias Penales - México

**RESUMEN:** Entender el origen del derecho penal y cómo se cimentó, permite entender en un recuento sociohistórico, las razones de un derecho penal tal, que hoy día se encuentra en una encrucijada, como lo explica Ferrajoli\*, entre consagrar y reprimir derechos; una pretensión no excluye a la otra, pero en las prioridades está la diferencia, ya que al estructurar las políticas públicas de la criminalidad en un sentido o en otro, la pretensión que queda en segundo plano se diluye, extinguiéndose la posibilidad de garantizar derechos para las personas involucradas en y frente a la justicia penal, por ejemplo, cuando la prioridad es la pretensión punitiva. El control por el derecho siempre ha afectado a las mismas personas, generalmente en condición vulnerable por la marginalidad social a la que quedaron expuestas; marginalidad condicionada por lo económico y con afectaciones claras a la posibilidad de acceder al goce y ejercicio de derechos como la salud, educación, desarrollo, etcétera y, también, al de la justicia. En ese sentido, el derecho penal ha servido más para el control de la pobreza y la disidencia; control de aquellos a los que ha dejado al margen del desarrollo y del acceso a derechos; no garantizarles tal acceso, ha tenido como resultado la exacerbación del control sobre ellos.

**PALABRAS CLAVE:** derecho, delito, ideología, garantías.

**ABSTRACT:** Understanding the origin of criminal law and how it was founded, allows us to understand in a sociohistorical account, the reasons for a criminal law such that today is at a crossroads, as Ferrajoli explains between consecrating and repressing rights; one claim does not exclude the other, but the difference is one of the priorities, since when structuring public policies on crime in one sense or the other, the claim that remains in the background is diluted, extinguishing the possibility of guaranteeing rights for people involved in and facing criminal justice, for example, when the priority is punitive claims. Control by law has always affected the same people, generally in a vulnerable condition due to the social marginality to which they were exposed; marginality conditioned by the economic and with clear effects on the possibility of access to the enjoyment and exercise of rights such as health, education, development, etc., and also, to justice. In this sense, criminal law has served more to control poverty and dissent; control of those who have been left out of development and access to rights; Failing to guarantee such access has resulted in exacerbation of control over them.

**KEY WORDS:** rights, crime, ideology, warranty

Rec: 6-10-2021 | Fav: 4-11-2021

\* Ver nota 15.



**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. La sociedad y el delito. 3. Los derechos y el control. 3.1. El derecho como herramienta jurídica para el control. 3.2. Dicotomía entre los derechos de las personas y las potestades públicas. 4. Los paradigmas punitivos para el control. 4.1. Retribucionismo penal. 4.2. Utilitarismo penal y primeras postulaciones garantistas. 4.3. Determinismo criminológico. 5. La ideología de la defensa social. 6. El derecho como factor de cambio. 6.1. Paradigmas sociales y teorías del pensamiento. 6.2. Progresividad e interdependencia: hacia la consolidación democrática. 7. Conclusión. 8. Fuentes de información.

## 1. Introducción

Priorizar los intereses sociales, en tanto intereses públicos en la justicia penal, ha tenido como consecuencia la exclusión de los intereses particulares, olvidando que la garantía de derechos para las personas en lo particular es indispensable para hacer justicia.

En el presente artículo, se desarrolla una reflexión crítica del despliegue punitivo estatal a través de un sistema de justicia penal que ha priorizado en sus políticas públicas de la criminalidad, las pretensiones punitivas y sancionadoras por sobre la garantía de derechos. El marco teórico aquí utilizado se basa, principalmente, en lo producido por la criminología de la reacción —también conocida criminología crítica— que, en tanto corriente de pensamiento, reaccionó a la hegemonía de las políticas de la criminalidad de origen positivista —positivismo criminológico— que se habían arraigado por décadas y, en cierta medida, aún lo hace en el quehacer público punitivo.

Si bien el marco teórico utilizado en el presente artículo fue primordialmente crítico, muchas de las alternativas a una justicia penal más democrática, esto es, garante de derechos y respetuosa de derechos humanos, se estructuraron a partir de aquel aparato crítico que desveló el sinfín de violaciones a los derechos humanos que producía una reacción punitiva de tales características.

Entre las pretensiones retributivas y utilitaristas del quehacer punitivo se constituyó y también legitimó, un particular paradigma punitivo que permearía durante dos siglos desde su origen en la naciente modernidad —y en buena medida, aún lo hace—: el paradigma de la defensa social. Este paradigma punitivo es en esencia atentatorio de la dignidad humana, en tanto las personas —algunas de ellas— se convierten en objeto del derecho penal mismo, en objeto del control por el derecho para pretensiones de utilidad social y por tanto pública; esquema este que dejaría de lado el reconocimiento de la dignidad y que daría un contenido precario a la igualdad al clasificar a las personas como buenas o malas, peligrosas o no peligrosas, delincuen-

tes o no delincuentes; lo que llevaría a la lamentable inercia de considerar más derechos para unas que para otras, incluso bajo argumentos de merecimiento.

En esta reflexión se presenta, además del paradigma punitivo de defensa social, el que exalta la garantía de derechos como primordial en el quehacer punitivo y que se refleja en el cúmulo de reformas de rango constitucional que han acaecido en las últimas décadas en el sistema jurídico mexicano. Los paradigmas punitivos se muestran en el presente artículo no necesariamente como antagónicos —aun cuando en buena medida lo sean— sino como uno frente al otro, pero en dirección hacia, esto es, como un proceso de evolución que va desde el paradigma del control al de la garantía de derechos, de ahí la reconstrucción sociohistórica como base de la metodología en él aplicada.

El recuento sociohistórico que sirve de hilo conductor a esta reflexión, muestra, sin embargo, que ambas pretensiones punitivas han coexistido en mixturas de difícil conciliación y de precaria metodología, por un pretendido balance y equilibrio, nunca encontrado y carente de proporcionalidad y racionalidad. Si bien reprimir el delito no excluye la posibilidad de garantizar derechos, es la exacerbación de la represión lo que ha impedido la garantía de derechos.

Difícil sin embargo resulta para esta breve reflexión aportar propuestas particulares, más si una reflexión general sobre la transición hacia un paradigma que consolide los anhelos democráticos del sistema penal mexicano en congruencia con las pretensiones de consolidación democrática para el Estado mexicano, expresadas constitucionalmente.

Instituciones más fuertes, no significa de mayores potestades, porque ello es en detrimento de los derechos de las personas; sin embargo, apostar, como históricamente se ha hecho, a robustecer las potestades de las autoridades solo ha llevado al aumento de las violaciones a los derechos humanos de las personas involucradas en y frente a la justicia penal, por actos de autoridad que lesionan sus derechos, pero también por dejar de hacer aquellas —las autoridades— lo

que están obligadas a hacer: garantizar su acceso a la justicia y el goce y ejercicio de sus derechos. En el presente artículo se reflexiona, cómo el priorizar la represión y dejar la garantía de derechos en un segundo plano, en realidad ha diluido la posibilidad de acceso a la justicia para imputados y víctimas, y centrado la apuesta en una cuestionable represión punitiva.

## 2. La sociedad y el delito

Las relaciones entre las personas, en las muy diversas fórmulas de organización social que la historia de la humanidad arroja, se han caracterizado siempre por el control de unas respecto de las otras; control siempre, pretendidamente, justificado por un sinfín de razones en donde las reglas, sí, han jugado —como lo hacen— un papel preponderante, pero las justificaciones para su legitimación un papel crucial. De entre las reglas, aquellas que dotan al poder político de fuerza: las punitivas, han sido y son las más utilizadas, pero también las más lesivas.

La manera en cómo se despliegan las potestades punitivas, pero también cómo se justifican, engloba un modelo punitivo en alguna época y lugar determinado. Visto desde esta perspectiva, las narrativas del derecho penal podrían ser vistas como una colección de justificaciones respecto del quehacer punitivo, para su legitimación; cuando un discurso o narrativa jurídico penal entra en crisis,<sup>1</sup> esto es, pierde la capacidad de legitimar la reacción punitiva, otra narrativa tomará su lugar. Entender ello supone entender que cada modelo responde a una particular concepción de la realidad misma y de lo social. Por ello, el estudio de determinado modelo punitivo exige entender el contexto sociocultural, con todas aquellas variables que de él derivan, como las de tipo económico, por ejemplo. Entender las definiciones respecto del delito y las formas de reacción estatal y social supone, luego entonces, entender esa cosmogonía que dé sentido y razón a las mismas.

En palabras de Zaffaroni (Zaffaroni y Dias dos Santos, 2019), estas justificantes y legitimantes, desde el derecho penal, se han caracterizado por su indeterminación o por su determinación, ya sea porque se reconozca o no la libertad de afectar intereses hege-

mónicos o se les asigne una causa patológica anclada en el ser y no en el hacer. Justificaciones ambas; sin embargo, legitimantes del control de unas personas por otras y lesivas sin excepción de su dignidad y a las que se les niega su condición de personas.

En la historia de la humanidad se debaten siempre estas dos variantes de legitimación del control que, a la postre, darían forma a dos modelos punitivos epistémicamente antagónicos, pero legitimantes al fin de la misma pretensión: el control de los otros, de los diferentes, de los que están al margen del desarrollo y de la riqueza, de los que contravienen los intereses hegemónicos o simplemente no cumplen con las definiciones de quien encasilla y, en consecuencia, discrimina.

La justificación que ambos modelos punitivos han tenido en común siempre ha sido la protección de la sociedad y lo que ello implica: los intereses sociales como intereses públicos, la cohesión social, los valores sociales —universalizados y soportados bajo un argumento de atemporalidad—.

El bagaje de conocimiento con el que hoy día se cuenta permite esa necesaria lectura de lo punitivo, de base objetiva, sí, pero también analítica y crítica, que, considerando aquella cosmogonía, arroje conclusiones sensatas de lo que es viable —y también sensato— para el quehacer punitivo, y no caer en lo que Nietzsche denominó el eterno retorno a lo idéntico (Botero, 2018).<sup>2</sup>

Los procesos de transformación social, la evolución de las sociedades mismas, han exigido procesos de interpretación de la realidad también distintos, de metodología acorde y de actualidad que considere la acelerada realidad y su permanente cambio.

<sup>1</sup> “Crisis es la indicación del momento en que la falsedad del discurso jurídico-penal alcanza tal magnitud de evidencia, que se derrumba...” (Zaffaroni, 1998).

<sup>2</sup> La pregunta de Federico Nietzsche, del párrafo 341 de *La Gaya ciencia* “(1882), ¿Cómo te sentirías si un día o una noche un demonio se deslizara furtivamente en las más solitaria de tus soledades y te dijera: “Esta vida, tal como la estás viviendo ahora y tal como las has vivido [hasta este momento], deberás vivirla otra vez y aún innumerables veces...?”, no se trata, para para Felipe Botero, “...de un creencia epistemológica sobre el universo, sino más bien de una motivación ética, de un desafío intelectual. ...Es posible, -se pregunta y afirma al citar a una película donde la ciencia y la tecnología encabezan un régimen político totalitario y radicalmente opresor- que su mensaje -el de Nietzsche en aquél párrafo- sea que a nivel colectivo hemos fracasado en el reto ético promulgado por Nietzsche: de vivir una y otra vez esta vida, seguiríamos jodiéndola enteramente al perpetuar una configuración política y social injusta que nos llevará ineluctablemente a vivir en un estado de infelicidad y de insuficiencia o a matarnos los unos a los otros o morir en el intento” (Botero, 2018).

Ello no es poca cosa si se considera que la cosmogonía en general y la cultura en lo particular de países como México responden a los poco mutables patrones culturales de las sociedades conservadoras del siglo pasado y para atrás. Hemos desarrollado una capacidad “natural” para adaptarnos a los desarrollos tecnológicos y a las inercias de una vida de consumo,<sup>3</sup> pero el conservadurismo de las definiciones hegemónicas, ancladas en soportes de universalidad y atemporalidad de aquellas concepciones valorativas, de lo que es justo y de lo que no, determina nuestra manera de entender, ser y también de actuar, al borde de lo incongruente e incompatible que pueden resultar aquellas definiciones, propias de aquellas sociedades, con la pluralidad y la complejidad con la que hoy día las sociedades se suelen integrar.

Estas definiciones culturales, esta manera de entender el mundo y ser en él, se traducen, siempre, en la manera de organizarnos socialmente y del quehacer del derecho en ello, y del derecho penal, por supuesto. Las políticas públicas, como es lógico, son el reflejo de aquella cosmogonía que, anclada en aquellas definiciones, pretenden impactar —eficazmente— en sociedades que ya no existen más o que cada vez existen menos. Es eso lo que me parece está sucediendo con las políticas de la criminalidad; pretenden resolver problemas para los que no fueron creadas, bajo las definiciones y los parámetros propios de aquellas sociedades que, por el devenir evolutivo, se diversifican con celeridad. La apuesta a la severidad de las sanciones y los ejemplares castigos sigue siendo culturalmente aceptada, y por ello replicada en políticas más represivas que preventivas y garantes de derechos.<sup>4</sup>

Las transformaciones sociales hacia la pluralidad responden a múltiples causas, pero hay dos principales: el aumento desmedido de la población y el acelerado desarrollo de la tecnología y de los medios de comunicación. Así, la población mundial que en los

años setenta del siglo pasado ascendía a un aproximado de 3 500 millones de personas, en casi medio siglo después se duplicó<sup>5</sup> —y un poco más—; y un *smartphone* hoy día tiene más información que las computadoras de la NASA de aquellos años, del tamaño de una habitación. La posibilidad de conocer el mundo está en la palma de la mano, sí, pero los satisfactores no alcanzan y la conflictividad, como es obvio, se exagera.

No es sensato pensar que una realidad así se puede entender y también aprender desde las definiciones y metodologías de antaño, y ello solo exige irse medio siglo atrás para entender que son obsoletas; sin embargo, en buena medida, así ha sucedido.

### 3. Los derechos y el control

#### 3.1. El derecho como herramienta jurídica para el control

Los sistemas jurídicos, sin duda, cumplen con la finalidad de organizar la vida social, al poner reglas que garanticen el ejercicio de derechos para las personas y hagan posible la vida social; sin embargo, distinguir de manera prioritaria entre lo social como bien común, y por tanto público, y los intereses particulares, resulta de sí complejo, pero históricamente cargado hacia lo social por encima de lo particular, razón, también histórica, por la que se ha protegido a lo social por encima de los intereses particulares.<sup>6</sup> La sociedad, en este sentido, ha sido un bien superior y, en cuanto tal, ha debido priorizarse su protección y defensa.

El derecho, así, ha tenido la principal función de preservar el orden social incluso a costa de las personas en lo individual, y, en ello, el derecho penal ha cumplido un papel fundamental: defender al bien sociedad del mal delito.<sup>7</sup> Ya sea bajo el reconocimiento

<sup>3</sup> “El posmodernismo nos ha legado la ilusión de un mundo libre de necesidades y de ideologías, abierto a las promesas de un consumismo ilimitado, de un espectáculo encandilador, de la exaltación de la individualidad aún a costa de que esta nos traiga la inseguridad del empleo, la incertidumbre y la soledad” (Bordoni, 2017).

<sup>4</sup> “Pensamos que capturar, condenar y encarcelar a los delincuentes representará un castigo ejemplar para los malhechores y que, de alguna manera, estas acciones nos protegerán de cualquier daño”. Muchos de nosotros reaccionamos con frustración ante una noticia acerca de un crimen sensacionalista y excepcional exclamando: ¡Que castiguen a los criminales! Cuando leemos en el periódico el último titular sensacionalista reaccionamos ¡Castíguenlos con más severidad!” (Waller, 2008).

<sup>5</sup> Según el contador de población mundial del sitio web Population Matters, en 2019 se superó la cifra de 7 600 millones de habitantes (PopulationMatters, 2019).

<sup>6</sup> “En un sistema garantista, el consenso mayoritario o la investidura representativa del juez, no agregan nada a la legitimidad de la jurisdicción, pues ni la voluntad o el consenso o el interés general ni ningún otro principio de autoridad pueden convertir en verdadero lo que es falso o viceversa”. “...Ningún consenso político —del parlamento, de la prensa, de los partidos o de la opinión pública— puede suplantar la falta de prueba de una hipótesis acusatoria” (Ferrajoli, 2004).

<sup>7</sup> A esta tesis se circunscriben tanto los modelos punitivos del liberalismo clásico, como los de arraigo positivista; a los que Alessandro Barata identifica como de defensa social (Barata, 1993).

de la igualdad, como fundamento del orden jurídico o basándose en el argumento “médico-científico”<sup>8</sup> de clasificación de personas, unas menos evolucionadas que otras, el derecho ha sido utilizado como herramienta para el control de quienes atentan contra el orden y la paz social.

Se trata, luego entonces, de una única forma de legitimar el uso del derecho —la defensa de la sociedad— bajo explicaciones epistémicamente distintas, y mediante fórmulas punitivas, también distintas, unas más severas que las otras, pero con una misma finalidad.

El recuento histórico muestra con claridad que el control de unos respecto de los otros siempre ha sido desde quien tiene el poder de utilizar —incluso manipular— el derecho; por tanto, los diferentes, los otros, generalmente los marginados, han sido —y son— objeto del control por el derecho. Las tesis peligrosistas han encontrado, bajo una endilgada situación de emergencia, asidero propicio para la exacerbación del control mediante la represión.<sup>9</sup>

Una visión crítica<sup>10</sup> de esta inercia —y por su puesto del derecho mismo— observa al derecho como un instrumento parcial utilizado a favor de las clases hegemónicas y en detrimento de quienes atentan contra la estabilidad de las mismas; por supuesto el derecho penal no solo no sería la excepción, por el contrario, sería el brazo más fuerte del Estado para el control social<sup>11</sup> en pos de la pretendida estabilidad y paz so-

cial. Argumento, este, que evidencia lo que ha sido la historia del derecho penal en la modernidad y que no es muy diferente de lo ocurrido en otras épocas de la historia, solo que, bajo razones y legitimaciones diferentes, y mediante acciones también diferentes, pero con las mismas variables de siempre: las reglas —del derecho— utilizadas para el control de unos y en beneficio de otros.

La modernidad, sin embargo, se caracteriza —así nace— por el reconocimiento de la igualdad en ley, igualdad formal, que no sustantiva o material,<sup>12</sup> que significó un proceso muy lento de incorporación de igualdad en las leyes, pero hasta hace muy poco —y aún de manera insipiente— la eliminación latente de obstáculos en ley y la consignación de obligaciones tendientes a generar las condiciones para promover y proveer lo necesario para garantizar el goce y ejercicio de derechos para las personas.

En este sentido, la modernidad se ha caracterizado sí, desde una de las ópticas, por la lucha constante en abatir las diferencias provocadas por las desigualdades sociales —económicas y, por ende, socio-culturales—, para lo cual el derecho ha debido cumplir un papel fundamental, aun cuando insuficiente; pero, desde la otra de las ópticas, por el intento velado por mantener las cosas a favor de ciertos sectores y en detrimento de otros, generalmente no favorecidos, para lo cual el derecho, y sobre todo el derecho penal, habría cumplido también un papel fundamental. Ambas ópticas —no excluyentes una de otra— en gran medida han cumplido ambas funciones, por ello el derecho, desde una mirada sociológica, puede ser visto —y entendido— como un factor de cambio o como un obstáculo del mismo;<sup>13</sup> pero el derecho

<sup>8</sup> Ya en la modernidad, una vez ascendida la burguesía, los argumentos indeterminados que reconocían la libertad de las personas solo habrían sido útiles para su ascenso, pero la creciente urbanización y la necesidad de control policial de los marginados en las grandes urbes, permitieron que el discurso médico en alianza con el creciente poder policial encontrarán en la causalidad evolucionista el argumento legitimante para el control “racista”, a través de aquel discurso integrado; era el auge del positivismo criminológico (Zaffaroni y Dias dos Santos, 2019).

<sup>9</sup> “A través de ellos se enaltece la figura del individuo o ente peligroso, concebido como generador o introductor en la sociedad de factores de riesgo que derivan de su propia esencia y personalidad, al que se castiga por el rol que representa en la sociedad, por lo que es. Enemigos que, como bien se explica, no se agota en aquellos cuyas conductas reprochables revisten gravedad, sino incluso y por sobre todo abarca a quienes son tenidos por molestos e irrecuperables, a los marginados sociales (ladrones ocasionales y/o de poca monta, ebrios, mendigos, vagabundos, prostitutas, timadores, drogadictos, inmigrantes ilegales, *portadores de cara*, etc.)” (Gabriel Torres, 2012).

<sup>10</sup> La influencia de los planteamientos marxistas en la revisión crítica de la criminología ha sido muestra y claro ejemplo de un derecho de clases y, por lo tanto, de la determinación de lo que es criminal por parte de las clases en el poder (Bustos Ramírez, 1983a).

<sup>11</sup> “...sostengo —afirma Melossi— que los conceptos de estado y

de control social pertenecen a tradiciones intelectuales distintas y que están empotrados en situaciones históricas diferentes. En estas situaciones disímiles, dichos conceptos fueron utilizados con el propósito de lograr mantener el orden político y social, y no simplemente con el de describirlo”. “La forma de control social que se desarrolló dentro de las sociedades que se caracterizaron por el uso generalizado del concepto de estado, fue la de control social reactivo ... situación —que— favoreció el desarrollo de formas de control basadas en gran medida en la *hegemonía* y proporcionó la posibilidad de una unidad fundada en el consenso, así como en la comunicación. Este tipo de control social, como lo ilustraron tanto Tocqueville como Durkheim, es más vigoroso que cualquier otro” (Melossi, 1992).

<sup>12</sup> Un argumento crítico de Juan Bustos Ramírez lo expresa de manera clara: “...la Revolución francesa no ha sido suficiente para implantar la libertad, la igualdad y la solidaridad” (Bustos Ramírez, 1983a).

<sup>13</sup> Cambio en el sentido de progreso, de mejora, de consolidación

penal, sin embargo, ha sido utilizado principalmente para el control y la represión de los otros, sobre todo en la naciente modernidad y durante todo el siglo XIX y gran parte del XX —si no es que todo—.

El derecho penal ha sido, así, sobre todo en este lapso, la principal herramienta para el control de quienes han sido definidos, y también tratados, como delincuentes, so pretexto y al amparo legitimante de la protección de los derechos fundamentales. Ferrajoli señala que la cultura jurídica moderna ha caído en una paradoja originada con la doctrina del contrato social de influencia iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, que ve en la protección del derecho a la vida —figura paradigmática de los que llegarían a ser los derechos fundamentales, explica— el fundamento de la razón y del artificio jurídico estatal, cuando tal artificio al que se le encomienda la tutela de la vida es concebido por aquella como Estado soberano, contradictoriamente dotado de un poder absoluto de vida y muerte:

...según el realismo elemental del primer contractualismo, sólo un poder soberano puede garantizar, con el monopolio de la fuerza y del poder de infligir la muerte, la defensa de la vida frente a los atentados de los delincuentes internos y de los enemigos externos. De este modo, hasta la mitad del siglo XX, han convivido, en los mismos ordenamientos, la proclamación de los derechos humanos como derechos inviolables, y la soberanía del Estado, en principio ilimitada, y en condiciones de violar esos mismos derechos, gracias a la omnipotencia del legislador dentro de las fronteras nacionales y al reconocimiento del derecho de guerra en las relaciones externas entre Estados. (Ferrajoli, 2011)

### 3.2. Dicotomía entre los derechos de las personas y las potestades públicas

El derecho penal es de orden público, justo porque así se concibió —en la naciente modernidad— para la protección y preservación de los intereses públicos: los sociales. El Estado que tiene tal obligación utiliza al derecho para ello, sobre todo al derecho penal. Bajo aquella premisa de proteger al bien sociedad del mal delito, el derecho penal surgió justo para la defensa social.

Luego entonces, el derecho penal nace con el Estado y el Derecho en la era moderna, aquel que se base

ción democrática.

en la igualdad ante la ley sin distinciones de ningún tipo y que surgió en el iluminismo clásico.<sup>14</sup> Influenciado por la filosofía de la época: la contractualista, se establece un compromiso para la organización social bajo la fórmula del contrato social, por el que se limitan las libertades naturales para generar un Estado organizado; por ello, es delincuente quien se coloca en contra del contrato social, pues rompe con ese compromiso de organización que mantiene unidos los vínculos entre las personas; delincuente, delito y pena son producto, luego entonces, de la sociedad organizada, y es el propio contrato el que da legitimidad al poder punitivo.<sup>15</sup> Ello hizo del derecho penal una rama del derecho público y no del derecho privado, en el que el conflicto es entre el denominado delincuente y el Estado, y no entre los particulares. Así las cosas, al ser el derecho penal de orden público, una de las partes por naturaleza involucrada fue excluida, la víctima. Ello también explica el porqué de la tendencia históricamente represiva en el despliegue de las potestades punitivas.

Evitar la venganza de la víctima y también las negociaciones del conflicto para preservar a la sociedad organizada fue lo que caracterizó a ese derecho penal para entonces naciente, lo que dejaba de lado la participación de la víctima y el énfasis quedaría en el deslinde de las responsabilidades penales y las sanciones subsecuentes para la restauración del orden social. La apuesta desde entonces fue la preservación de los intereses sociales consagrados por el derecho. El derecho penal, por tanto, no olvidó a la víctima, la excluyó de la fórmula penal por considerar que su interés principal, el de reparación, debía ser atendido por el derecho entre particulares. Serían los inicios de la ideología de la defensa social.

Defender a la sociedad del delito exaltó las funciones y finalidades del Estado y del derecho; bajo la fórmula —y el argumento— del Estado de derecho se cimentó el principio de legalidad y la estricta legalidad penal, y se ciñó al delito a las variables solo jurídicas; ello exaltó a lo jurídico como forma de dar vida al contrato y su protección por el derecho mismo desde las instancias del Estado. El Estado y el dere-

<sup>14</sup> La crítica de los iluministas respecto del estado de cosas “... necesariamente desemboca en una posición política, que engloban la consideración del delito y la pena, en tanto que son también producto de ese Estado” (Bustos Ramírez, 1983).

<sup>15</sup> Juan Jacobo Rousseau, citado por Juan Bustos Ramírez (Bustos Ramírez, 1983a).

cho penal para proteger a lo social por encima de las personas fueron consolidando la visión estatocéntrica de la modernidad.

En el devenir de la época moderna se fue consolidando esta visión estatocéntrica y dejando en segundo plano los derechos de las personas, sobre todo desde el mundo de lo punitivo. Ello explica no solo la exclusión de la víctima de lo punitivo,<sup>16</sup> sino el precario desarrollo de derechos para los imputados de delito y la consolidación de los modelos procesales mixtos inquisitivos, todo lo que robusteció a las potestades punitivas en detrimento de los derechos de las personas.

En efecto, el ejercicio de derechos y el despliegue de potestades públicas, cuando las relaciones son de derecho público -como en el derecho penal— dependen siempre de la misma ecuación dicotómica: cuando las potestades públicas —para el caso, las punitivas— aumentan, siempre será en detrimento de los derechos de las personas. Se trata de una ecuación inversamente proporcional, pues en la medida en que tales potestades aumentan, será la medida —inversamente proporcional— del detrimento de los derechos de las personas. Las relaciones que regula el sistema jurídico son de derechos y obligaciones recíprocas, el derecho de alguien requiere de la contraprestación de otra persona y viceversa; los derechos humanos son derechos y obligaciones en sí mismos; cuando las relaciones son de derecho público, por consiguiente, el derecho de las personas supone una obligación estatal de respeto, protección, promoción y garantía por parte de las autoridades;<sup>17</sup> de ahí que los derechos consagrados para las personas que entran en contacto con el sistema de justicia penal —en cualquiera de las cualidades posibles: imputados de

delito, víctimas, testigos, etcétera— son una carga, en tanto obligación, para quienes operan la potestad punitiva desde el propio sistema, por lo que restringe sus potestades; pero, en sentido inverso, las potestades punitivas de quienes operan la justicia penal siempre serán una carga para las personas, en tanto limita el ejercicio de sus derechos. Todo ello es inversamente proporcional.

En sus orígenes -afirma Bustos Ramírez (Bustos Ramírez, 1983b), el Estado actual -el absoluto- es el Estado de la inseguridad del individuo y, en cambio, el estadio de la seguridad del Estado: su autonomía y subsistencia se logra mediante la dependencia total del individuo. Quizá por ello haya un permanente retorno a ese Estado originario, o por lo menos una tendencia; cuando el Estado entra en crisis se vuelve a la posición fetal, esto es, al Estado absoluto. Es el caso de las dictaduras y de todos los gobiernos autoritarios.

Al Estado no le gusta sentirse inseguro, pues pierde capacidad de control, y pierde por tanto fuerza; por ello, Bustos Ramírez acota:

... se olvida que la seguridad del Estado y seguridad del individuo son términos indisolublemente ligados: la mayor seguridad del Estado trae la menor del individuo, pero a su vez la anulación de la seguridad del individuo trae inevitablemente la inseguridad del Estado, pues surgen las luchas por la racionalidad y las libertades” (Bustos Ramírez, 1983b).

#### 4. Los paradigmas punitivos para el control

Un paradigma aglutina una determinada cantidad de variables que son común denominador en un modelo dado y que lo diferencian de otros. Los paradigmas punitivos a los que aludiré en los siguientes renglones se han mostrado siempre como antagónicos, en tanto responden a epistemologías distintas e incompatibles, sistematizadas e identificadas, para efectos didácticos —principalmente— como *escuelas*, la clásica y la positiva del derecho penal. Poco énfasis se suele hacer, sin embargo, de lo que ambas escuelas tienen en común: la ideología de la defensa social, y laxamente se suele referir a las mixturas entre ambas como escuelas o modelos eclécticos.

<sup>16</sup> Exclusión que, a la postre, gracias al proceso de democratización de la justicia penal y a las reformas penales centradas en la consagración de derechos para los involucrados —también para las víctimas- se iría diluyendo; pero toda la construcción institucional centrada en las víctimas, hoy día se presenta también —con ese riesgo- como instancias que controlan lo que Ignacio Irazusta y Gabriel Gatti han denominado, en el sentido foucaultiano —como ellos mismo lo afirman-: el mundo de las víctimas. “Las instituciones en tanto que cristalizan valores sociales, en normas con carácter coercitivo, forman parte de la estructura más formal del gobierno y funcionan a través de aparatos especializados que ordenan o pretenden ordenar el mundo y la vida de las víctimas” (Irazusta y Gatti, 2017).

<sup>17</sup> En términos del primero Constitucional, tales obligaciones previstas para toda autoridad en el ámbito de su competencia deben ser conforme a los principios de Universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad. Y, como afirma Carbonell, “... los Estados deben garantizar el goce de los derechos sin discriminación alguna” (Carbonell, 2016).

Esta distinción no es poca cosa para lo que aquí quiero evidenciar; generalmente se considera, como me parece lo es, que las mixturas entre ambos modelos punitivos son de consecuencias “caóticas”, como los modelos procesales mixtos-inquisitivos que se integraban de variables provenientes de ambos modelos punitivos en los que unas prevalecían sobre las otras, para el caso, las represivas por sobre las garantistas, traduciéndose o en un sinfín de violaciones a los derechos humanos, ineficacia y, por tanto, impunidad; sin embargo, no parece posible que materialmente un modelo sea puramente garantista, como tampoco totalmente inquisitivo. Lo deseable, luego entonces, podría parecer —y esa parece ser siempre la apuesta—, que las variables garantistas y las inquisitivas encuentren un justo equilibrio, para unos cargado hacia el garantismo, y para otros hacia variables más represivas; y, en ese debate, academia y políticas públicas desde el derecho luchan por generar “adeptos” y ganar “espacios”; lucha que tendría que perder sentido si analizamos las variables con detenimiento, empezando por tener claridad respecto de lo que es común a ambos paradigmas punitivos, y, con ello, determinar la manera en cómo, no importando los parámetros de lo punitivo; esto es, hacia donde se cargue la balanza dicotómica, se han desplegado las potestades punitivas con un mismo fin: el control de unos respecto de los otros.

En este orden de ideas, a diferencia de como se suele hacer siempre, esto es, explicar los modelos punitivos como antagónicos, los párrafos siguientes los dedicaré a explicarlos, pero haciendo énfasis en su similitud: la defensa social; para luego caracterizar a la ideología en cuanto tal, pero en apartado siguiente.

#### 4.1. Retribucionismo penal

Retribución significa pago, pagar con un mal el mal causado, con un sufrimiento el sufrimiento ocasionado; es el presupuesto del castigo como fin de la reacción punitiva pública. Para Hart (Zaffaroni, 1998), la pena se legitima en función de dos principios: el de igualdad y el de libertad; el primero requiere que, cuando alguien vive en sociedad sin violar el derecho, se halle en una situación diferente a la de quien lo hace violando el derecho, de lo que se desprende la necesidad de retribuir a quien violó el derecho el mal que ha causado. El retribucionismo justifica la

sanción del delincuente con base en el castigo, como modo de hacer justicia por el delito cometido (Sánchez-Ostiz, 2012).

Asociado a la dualidad pena-penitencia, expiar la culpa era el centro del castigo en la edad media; los tribunales de la Inquisición castigaban la herejía y los atentados contra la fe. Los tribunales inquisitivos son el antecedente inmediato previo al surgimiento de los tribunales de la justicia penal en la naciente modernidad, ahora estos alejados del vínculo —legitimante— de tipo religioso, para someter a castigo —y también justificar— mediante tribunales —y jueces— obedientes a la ley y no a Dios. El anclaje cultural del castigo, sin embargo, ha acompañado en la sociedad moderna a las pretensiones sancionadoras de lo penal. La pena como un castigo siempre ha encontrado asidero en la cultura moderna, muy a pesar del desarrollo de los derechos humanos y del reconocimiento y consagración de la dignidad humana. Para Hart, el sufrimiento del *malhechor castigado* siempre es un costo y nunca un beneficio para el sistema penal, su sufrimiento, afirma, es el costo más alarmante del castigo penal.<sup>18</sup>

Para David Garland (1999)

...el papel del castigo en la sociedad moderna, de hecho, no es tan obvio ni tan bien conocido. Hoy en día el castigo es un aspecto de la vida social profundamente problemático y poco comprendido, cuya razón de ser no queda clara. El que no lo percibamos de este modo es consecuencia de la apariencia de estabilidad e impenetrabilidad que tienen las instituciones formales, más que de la transparente racionalidad de los procedimientos penales en sí.

#### 4.2. Utilitarismo penal y primeras postulaciones garantistas

La pena privativa de libertad, en aquel derecho penal naciente, se mostraba como una alternativa menos lesiva para la reacción punitiva, lo cual resultaba congruente con la corriente humanista abanderada por algunos liberales clásicos de corte utilitarista como Beccaria<sup>19</sup>; y, sin duda, su principal fuente de legiti-

<sup>18</sup> Con esta visión crítica de Hart, a decir de John Gardner, se pone del lado del utilitarismo clásico de Jeremy Bentham. John Gardner, en la introducción del libro de Herbert L.A. Hart (2008).

<sup>19</sup> Beccaria (1995) en expresión clara de un derecho más protector de las personas imputadas y en clara postura por exaltar los

mación fue justo para mantener los vínculos sociales consagrados y protegidos por el derecho bajo la fórmula del Contrato. La pena privativa de la libertad, en consecuencia, tendría fines socialmente útiles. La utilidad de la pena privativa de libertad llevaba consigo la subsecuente intención de hacer de quienes delinquirían personas socialmente útiles, esto es, las personas como fines sociales y no como fines en sí mismos, algo que los cosificaría al considerarlos objeto del derecho -penal- para pretensiones socialmente útiles.

Las corrientes utilitaristas, con sus distintas variables, dominaron por largo tiempo las justificaciones de la cárcel, incluso hasta muy recientes épocas. Fórmulas que, sin embargo, son, en su mayoría —como lo han sido— contrarias a la dignidad humana, pues niega a las personas su libre determinación.<sup>20</sup>

La utilidad siempre ha estado presente en los discursos que pretenden legitimar la pena privativa de libertad y por ende la prisión misma, desde sus orígenes y hasta la fecha; lo que ha cambiado, o puede variar, es el discurso utilitarista en sí, generalmente anclado en razones socialmente útiles, ya sea haciendo énfasis en la readaptación de quien ya delinquirió, o en la pretendida disuasión sobre quien no ha delinquido para que no lo haga.<sup>21</sup> Otras razones y argumentos más se pueden identificar como utilitaristas, como las económicas, por ejemplo, o el propio valor simbólico de la función punitiva estatal, que permite su aceptación, permanencia y fortalecimiento.

---

intereses sociales, expresó: “...un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia de un juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida”.

<sup>20</sup> En *Holocausto y dignidad*, Federico Lefranc reflexiona respecto de la consagración de la dignidad humana en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, tras el genocidio sufrido en el periodo conocido como el Holocausto; y cómo, a partir de entonces, los derechos humanos se centran en la dignidad de las personas, quienes no pueden ser sino fines en sí mismas, nunca objeto de violencia, sino sujetos de derechos (Lefranc, 2009).

<sup>21</sup> Los modelos explicativos que más arraigo han tenido, sobre todo en la teoría criminológica, clasifican las expectativas utilitaristas del castigo —a través, principalmente, de la pena privativa de libertad— en fines de prevención general y de prevención especial, ya sea para la disuasión de quien no ha delinquido pero eventual o potencialmente lo puede hacer, o la atención —reacción— de quien ya delinquirió para que no lo vuelva a hacer. Una lectura de análisis explicativo y crítico de las así reconocidas teorías de la prevención se pueden encontrar en *Los fines de la pena*, de Serafín Ortiz, editado por el Instituto de capacitación de la Procuraduría General de la República, México 1992; y en *La cárcel en el sistema penal* de Iñaki Rivera Beiras de editorial J. M. Bosch, Barcelona 1995.

### 4.3. Determinismo criminológico

Con el surgimiento del positivismo filosófico hacia la segunda mitad del siglo XIX, emergería una nueva fórmula de defensa social, que se alejaría de los planteamientos utilitaristas y garantistas del liberalismo clásico y fincaría fórmulas represivas y de intervención, fundamentadas en definiciones patológicas respecto del delito. La ciencia “del positivismo” afirmarían que los fenómenos naturales, incluyendo a los sociales —como el delito— respondían a leyes invariables de naturaleza que se podrían identificar mediante la aplicación del método científico; observar y experimentar en los fenómenos —también sociales— permitirían identificar las causas inmutables que los originarían. Entender, así, a la realidad como un absoluto, llevó a Lombroso a concluir que el hombre nacía delincuente mediante reglas de causalidad, deterministas del actuar humano, pero fundamentadas, sí, en lo que para entonces se consideró ciencia.

El positivismo dio al intervencionismo su legitimación,<sup>22</sup> fórmulas represivas de control de los “hombres delincuentes” resurgirían patologizando el actuar humano delictivo, para reducirlo a un argumento médico, biológico: los hombres delincuentes eran personas no evolucionadas que se comportaban primitivamente al tener rasgos biológicos propios del hombre primitivo.<sup>23</sup>

## 5. La ideología de la defensa social

Los modelos punitivos que aquí he denominado para el control, surgieron y se consolidaron durante prácticamente dos siglos, desde el advenimiento de la modernidad —y del derecho y del derecho penal como lo conocemos— hacia la segunda mitad del siglo XVIII,

---

<sup>22</sup> “...la intervención en el mercado, su regulación, era justamente para lograr su defensa, la defensa de lo social, de la sociedad que se daba en torno al mercado. Luego, el control del Estado tenía que asumir el carácter de una defensa social. El positivismo brindó al intervencionismo su legitimación, ya que la ciencia (positiva) fundamentaba el orden, la disciplina, lo organizado” (Bustos Ramírez, 1983b).

<sup>23</sup> La frase: “Esto no fue meramente una idea sino una revelación. En la señal de que el cráneo, me pareció ver de repente, se iluminó como una vasta llanura bajo un cielo en llamas, el problema de la naturaleza del criminal, un atavismo llega a ser lo que produce en su persona los feroces instintos de la humanidad primitiva y de los animales inferiores”, refleja el centro de cosmogonía Lombrosiana; el *uomo delinquente*, un ser atávico, no evolucionado, y, por tanto, incapaz de vivir civilizadamente en sociedad (Taylor, Walton y Young, 1997).



con proyecciones más o menos represivas, anclados bajo los ya enunciados modos de legitimación (Zaffaroni, 1998) y fundados en argumentos ya sea de inadaptable social o de no evolución, pero siempre de personas apartadas de los parámetros de normalidad, así —para entonces— definidos.

Ambas justificaciones conformaron a la postre dos modelos punitivos de epistemologías, antagónicas, sí, pero de una esencia particular común a ambas: la defensa social. Se trató siempre de dos maneras —argumentos—. De explicar al delito y de justificar la reacción al mismo desde lo público: proteger al bien sociedad del mal delito. El propio origen garantista en autores como Beccaria— que si bien significó un proceso de humanización del *ius piniendi*— estaba permeado de la idea de utilidad social, para a protección de la fórmula que mantenía los vínculos sociales: el contrato social.

Uno de los modelos punitivos se centraría en el acto de libre decisión de atentar contra él, y el otro se centraría en las personas; derecho penal de acto<sup>24</sup> y derecho penal de autor, respectivamente. Esto es, personas libres, pero no adaptadas a la sociedad y sus postulados universales —también atemporales— o personas no evolucionadas determinadas a delinquir, enfermas, consideradas un peligro para la sociedad.

Así, el paradigma de la defensa social es una manera de interpretar fórmulas punitivas de común denominador, donde, para efectos de este argumento, tanto los modelos utilitaristas como los deterministas de corte retributivo responden a un mismo hilo conductor: la defensa social. Importante resulta este primer argumento en tanto se suele asociar únicamente a la escuela positiva del derecho penal y a las políticas deterministas que de ella derivaron como fórmulas de defensa social y no a ambas, pero es justo aquello que es común a ambas lo que caracteriza a todo modelo de defensa social.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> El utilitarismo es solo una corriente dentro de lo que se conceptualiza como escuela clásica del derecho penal, más no la única; también hubo una concepción de corte naturalista que a la postre se asociaría más con la denominada escuela clásica, y a la vertiente utilitarista se le asociaría principalmente con la Criminología (Bustos Ramírez, 1983a).

<sup>25</sup> “...tanto la escuela clásica como las escuelas positivas realizan un modelo de ciencia penal integrada, es decir, un modelo en el que la ciencia jurídica y la concepción general del hombre y de la sociedad se hallan estrechamente ligadas. Aun cuando sus respectivas concepciones del hombre y de la sociedad sean profundamente diversas, en ambos casos nos hallamos, salvo excepciones, en presencia de la afirmación de una ideología de la defensa social

Alessandro Barata (2004) caracteriza a todo modelo de defensa social mediante la enunciación de los siguientes principios, comunes, según lo argumenta, a la escuela clásica y a la positiva; estos principios son: 1) *legitimidad*.- por el que el Estado, en tanto expresión de la sociedad, está legitimado para reprimir la criminalidad, la legítima reacción de la sociedad está dirigida a la reprobación y a la condena del comportamiento desviado individual y a la reafirmación de los valores y de las normas sociales; 2) *del bien y el mal*.- el delito es un daño para la sociedad, el delincuente un elemento negativo y disfuncional del sistema social: la desviación criminal es el mal, la sociedad constituida, el bien; 3) *culpabilidad*.- el delito es expresión de una actitud interior reprochable, contraria a los valores y a las normas, incluso antes de ser sancionadas por el legislador; 4) *del fin o de la prevención*.- la pena no tiene únicamente la función de retribuir, sino la de prevenir el crimen, crea una justa y adecuada contra motivación al comportamiento criminal y, en particular, ejerce la función de resocializar al delincuente; 5) *igualdad*.- la criminalidad, en tanto violación a la ley penal, es el comportamiento de una minoría desviada, por ello la reacción penal se aplica de modo igual a los autores de los delitos; y, 6) *interés social y delito natural*.- los delitos definidos en los códigos penales representan la ofensa de intereses fundamentales, intereses comunes a todos los ciudadanos.

Bajo esta lógica de caracterización del paradigma de la defensa social, quisiera abundar y enfatizar en algunos puntos.

Concebir a la realidad social como un absoluto es propia de las concepciones naturalistas que sustentan en dogmas —verdades absolutas— las realidades sociales y sus complejas inercias. Concebir la realidad así es propio de aquellas sociedades en las que, por su poca diversidad o vasta homogeneidad, se ha generado un conservadurismo arraigado en definiciones mayoritariamente aceptadas, ancladas en costumbres e idiosincrasia. Entender el mundo de esa manera y transmitirlo por generaciones, a la postre construyó una ideología lo suficientemente homogénea y fuerte como para su arraigo cultural y tránsito a través de las generaciones. Ello generaría una cohesión social fincada en definiciones mayoritarias, sí, pero reflejadas en las fórmulas que materializan la cohesión social

como nudo teórico y político fundamental del sistema científico” (Barata, 2004).

misma, como valores morales, las así denominadas buenas costumbres y también —y principalmente— las fórmulas jurídicas del derecho.

Un derecho así es, por tanto, un derecho eficaz, que consagra los valores en los que la mayoría cree y prohíbe, y castiga aquello que se aparta de ellos; ello permitió generar una especie de cultura jurídica —de la legalidad— donde, al estar la mayoría de personas de acuerdo con el contenido del derecho, este, de sí, estaba lo suficientemente legitimado para ser respetado, no —me parece a mí— porque se tratara del derecho en sí —*el derecho se respeta por ser el derecho*—, sino porque la mayoría se sentía identificado con sus definiciones.

Una sociedad de cohesión social “natural”, esto es, como la definida, cuyas concepciones respecto de lo bueno, lo malo, lo justo y lo injusto, son mayoritariamente homogéneas, es una sociedad cuyos procesos de diversificación han sido pocos o también nulos; algo que caracterizó a las sociedades de la naciente modernidad en el liberalismo clásico —como ya se afirmó—, pero que permeó durante prácticamente los siguientes dos siglos en las sociedades occidentales —que son nuestro referente—. En efecto, el proceso de diversificación social es eso, un proceso difícilmente homogéneo y que evidencia un cambio paulatino, un tránsito desde el consenso hacia la pluralidad; y ese proceso es tal —insisto— por el aumento en la densidad poblacional y por el desarrollo tecnológico, principalmente, de los medios de comunicación. Ese tránsito desde y hacia, ha sido más que evidente, y en algunos casos drástico en algunas sociedades, pero no tanto en otras; y, en ello, ha tenido que ver mucho el derecho.

## 6. El derecho como factor de cambio

### 6.1. Paradigmas sociales y teorías del pensamiento

Absolutizar las definiciones bajo variables de atemporalidad y, por ende, universalizarlas, es propio de los planteamientos metafísicos de las religiones, por ejemplo; pero su arraigo cultural hace que tales concepciones de vida se lleven al resto de las manifestaciones culturales como el propio derecho.

Como lo afirmé líneas atrás, las sociedades evolucionan, cambian sus formas de integración y de cohesión social, se transforman sus culturas, se hacen

más densas, más complejas y la conflictividad aumenta. Las transformaciones sociales, sin embargo, no necesariamente se dan en un sentido homogéneo y tampoco lineal; el derrotero de la historia arroja un sinfín de variables de difícil sistematización. Ya en la modernidad, este derrotero puede sistematizarse —de manera un poco arbitraria— en dos grandes paradigmas sociales, que más que antagónicos, muestran un proceso de transformación, de cambio, de transición de uno hacia el otro.

Este proceso es identificable con un simple recuento sociohistórico, pero pormenorizar sus variables es un ejercicio que excede las expectativas de esta reflexión. Algunas de estas variables, sin embargo, son útiles para analizar de manera objetiva, pero también crítica, si este proceso sigue algún hilo conductor y, por supuesto, el papel que cumple o ha cumplido el derecho —y el derecho penal— en ello y en las relaciones materiales de las personas respecto de la autoridad y a la inversa, reguladas por el derecho.

Para efectos de este argumento, habrá de reflexionar respecto del papel que cumple el derecho en ambos paradigmas, que se identifican como el consensual y el plural. En cada paradigma, las fórmulas de organización social se distinguen, ya sea por la homogeneidad o por la diversidad de su composición o integración social misma. Es evidente que las sociedades aumentan su densidad de población y se diversifican cada vez más; ello, si bien hoy día es más que evidente, en el recuento de los últimos dos siglos, desde el advenimiento de la modernidad y del derecho en términos de igualdad —como se ha afirmado— no necesariamente lo ha sido. Las transformaciones sociales han sido —dependiendo la sociedad de que se trate— si bien paulatinas, también lentas, pero se puede afirmar que se transita desde tipos de sociedades consensuales hacia las plurales, justo por aquellas inercias de diversificación, merced al desarrollo de los medios de comunicación y también al aumento en la densidad de población.

La integración en las sociedades consensuales se caracteriza por la homogeneidad en las definiciones y prácticas culturales; hay una especie de acuerdo mayoritario respecto de lo que se considera está bien y lo que no, respecto de lo que se considera justo y de lo que se considera injusto (Pavarini, 2003).

Este consenso es propio de las sociedades de la naciente modernidad en los siglos XVIII y XIX, pero

también de gran parte de las del siglo xx; pero la historia y evolución de las distintas sociedades desde el consenso y hacia su diversificación, sin embargo, no permite hacer una afirmación tan tajante respecto de estos periodos de tiempo; por supuesto, sociedades como las norteamericanas vivieron tempranamente estos procesos de diversificación hacia la pluralidad, por los procesos de inmigración masiva desde fines del siglo xix, a diferencia de países de centro y Sudamérica que, como México, han experimentado un proceso mucho más lento y se ha conservado una latente homogeneidad en las formas y manifestaciones culturales.

En efecto, las sociedades norteamericanas vivieron la inmigración masiva de fines de siglo xix y principios del xx —y hasta la fecha—, lo que diversificó en poco tiempo sus principales ciudades, como Chicago, que en 10 años vio duplicada su población y documentó el surgimiento de un aproximado de 33 000 pandillas<sup>26</sup> en ese lapso. Lo vivido en aquellas sociedades respondía a la lógica del proceso de libre circulación de la moneda y de su concentración por ciertos sectores que dejaban en la marginación a muchos otros. Las personas migrantes no encontrarían en su mayoría acomodo laboral, tanto, en general, por el poco desarrollo del capital como por su falta de pericia y de habilidades en particular; en tanto, se quedarían ahí con su pobreza, pero también con sus diferencias, lo que originaría una diversidad tal, difícil de integrar bajo los parámetros del consenso que hasta entonces primaba en las inercias de la integración social. Las personas no sabían vivir en pluralidad, el proceso de diversificación comenzaba y lo lógico sería —como lo fue— que subieran los índices de conflictividad social; ello explica el surgimiento de tantas pandillas.

Una explicación así, de tipo sociológico, muestra con claridad lo que estaba ocurriendo, pero no necesariamente fue la explicación que se utilizó para el despliegue de políticas públicas para su atención.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> El Departamento de Sociología de Chicago documentó justo este proceso de las primeras décadas del siglo xx, caracterizado por la creciente urbanización y los masivos procesos de migración hacia ciudades como Chicago y Detroit (Pavarini, 2003).

<sup>27</sup> De ahí lo coyuntural del planteamiento atávico lombrosiano; una explicación patológica y no ontológica, en aquella época era suficiente para generar la convicción —y también la legitimación— de la necesidad misma de robustecer lo punitivo para el control de la creciente —y mal explicada— conflictividad social. Por ello, el positivismo dio al intervencionismo su legitimación

Similares procesos se vivieron en otras urbes de Europa, pero la reacción que primó fue aquella que se centró en fortalecer las potestades punitivas para el control —político criminal— de la creciente conflictividad social, y no una atención desde el campo de otras disciplinas sociales, poco desarrolladas para entonces.<sup>28</sup>

Sociedades así vivieron entonces procesos de diversificación mucho más acelerados; en contraste, otras sociedades, como las de muchos países latinoamericanos, han vivido sus procesos de pluralización de manera mucho más lenta; fueron —y son— más bien origen y no destino de la migración.

Es entendible que sociedades relativamente bien integradas tuvieran consensos claros respecto de aquellas definiciones, y también una especie de integración natural; las personas por generaciones permanecían en el mismo lugar, y se transmitían cultura e idiosincrasia, pero también rasgos étnicos. Esa homogeneidad “natural” generaba un consenso suficiente para la integración social, y también para los contenidos del derecho. El derecho consagraba aquellos valores universalizados y atemporalizados en los que la mayoría creía, y criminalizaba a quienes quedaban fuera de esa homogeneidad, los que simplemente quedaban fuera de aquellos parámetros culturales de normalidad, los diferentes. Son así entendibles —y explicables— los altos índices de eficacia de las fórmulas del derecho en sociedades tales, las que, por ende, tendían —como tienden— a ser muy conservadoras; conservadurismo reflejado en las instituciones sociales y también en las jurídicas.

Absolutizar las definiciones supuso fundar en dogmas las explicaciones de la realidad y también los contenidos normativos; una realidad que se fundamenta en dogmas, sin embargo, no es compatible con la mutabilidad exacerbada de las realidades sociales de la actualidad; por ello, la metodología causalista del positivismo del siglo xix absolutizó las explicaciones de las realidades sociales y el derecho fue la herramienta para mantenerlas inertes a los cambios y

(Carbonell, 2016).

<sup>28</sup> La sociología nace justo con el positivismo, permeada por las variables metafísicas propias de esa corriente filosófica que poca independencia de las ciencias exactas le permitieron; es por esa razón que observar para entonces al delito como algo patológico y no ontológico, provocó la represión y control punitivo por sobre la política social.

transformaciones sociales: el derecho como obstáculo para el cambio y para la evolución social.

Esta forma de entender y aplicar el derecho solo ha sido posible porque tales concepciones de la realidad social y de la vida misma se arraigaron en la cultura, y el derecho tuvo que ver mucho en ello; consagrar y mantener esas definiciones como dogmas en normas jurídicas inmutables y su constante y permanente aplicación han sido una herramienta importante para el arraigo cultural de las definiciones absolutistas que, como expliqué, son caldo de cultivo —y tentación permanente— para un ejercicio del poder de tendencias absolutistas, que, por ende, se refleja en fórmulas represivas del quehacer punitivo, generalmente reflejadas en aumentar las potestades públicas en detrimento de los derechos de las personas. Inercias poco correspondidas con los anhelos democráticos de las sociedades occidentales y que exaltan la capacidad discriminante del derecho penal respecto de los así definidos delincuentes, que no es más que el reflejo de una sociedad que discrimina a quienes ha etiquetado como anormal, malo, peligroso, inmoral, etcétera.

La transformación paulatina de las sociedades ha ido exigiendo formas diferentes de entender y explicar la realidad y la vida misma, diferentes —y antagónicas— a aquellas idóneas para los consensos; sociedades en las que la diversidad es la regla y no la excepción, las definiciones culturales y también las normativas no se pueden anclar en consensos culturales y definiciones absolutistas de la realidad, porque simplemente estas ya no existen. El derecho ha debido buscar alternativas neutras que permitan a las muy diversas manifestaciones culturales el ejercicio de derechos y el acceso a los mismos en condiciones de igualdad, no importando las irrelevantes diferencias que caracterizan a los seres humanos.

El positivismo, que dio fundamento a la teoría social para explicar las realidades sociales —en la naciente sociología— y justificar las formas jurídicas de impacto en tales realidades, entraría en crisis hacia la segunda mitad del siglo xx,<sup>29</sup> en razón, por supuesto, de las transformaciones sociales que exigían formas diferentes de explicar —y atender— realidades

diferentes,<sup>30</sup> pero también por las consecuencias insostenibles y muy lamentables para la historia de la humanidad de pretender —bajo aquel fundamento científico de clasificación y jerarquización de personas— controlar e imponer su hegemonía de unas por sobre las otras. El Holocausto, reflejo de esa expresión de superioridad de unos respecto de otros, es sin duda uno de los ejemplos más lamentables —no el único— de lo que un modelo teórico e ideológico puede causar cuando impactan en fórmulas de política criminal.<sup>31</sup>

Nuevas realidades sociales exigen formas diferentes de interpretación de la realidad con metodología idónea para el mejor entendimiento de las mismas. Interpretar a la realidad como una construcción y no como un absoluto resulta más idóneo para la explicación de las actuales y muy complejas realidades sociales;<sup>32</sup> el modelo es idóneo, además, para entender las nuevas inercias sociales y construir desde lo público alternativas en las que todas las manifestaciones culturales y, por tanto, en las que todas las personas puedan ser incluidas.

<sup>30</sup> “Lo que los sociólogos de la Escuela de Fráncfort imaginaron al término de la Segunda Guerra Mundial, a raíz de una Ilustración renovada que había sucedido al oscurantismo Nazi-fascista, no fue definitivamente confirmado hasta la llegada de las innovaciones libertarias y progresistas que dieron como resultado la Revolución cultural de 1968... Se consumaba así la revelación de la capacidad de los seres humanos para pensar, soñar e imaginar su propio destino y romper con el molde del pasado” (Bordoni, 2017).

<sup>31</sup> “El problema fundamental era legitimar la intervención en la libertad e la igualdad de los individuos para someterlos al bien social, para clasificarlos conforme a ello en peligrosos y no peligrosos, en anormales y normales. Esta búsqueda lleva a la crisis más profunda del Estado moderno, pues hace surgir el Estado fascista y el Nazi...” (Bustos Ramírez, 1983b).

<sup>32</sup> “El método que consideramos más conveniente para clarificar los fundamentos del conocimiento en la vida cotidiana es el del análisis fenomenológico, método puramente descriptivo y, como tal, empírico... El análisis fenomenológico de la vida cotidiana, o más bien de la experiencia subjetiva de la vida cotidiana, es un freno contra todas las hipótesis causales o genéticas... El mundo de la vida cotidiana no sólo se da como establecido como realidad por los miembros ordinarios de la sociedad en el subjetivamente significativo de sus vidas. Es un mundo que se origina en sus pensamientos y acciones, y que está sustentado como real por éstos. ... debemos por lo tanto clarificar los fundamentos del conocimiento en la vida cotidiana, a saber, las objetivaciones de los procesos (y significados) subjetivos por medio de los cuales se construye el mundo intersubjetivo del sentido común (Berger y Luckmann, 2015).

<sup>29</sup> En este sentido, diversos autores: Wright Mills, *La imaginación sociológica*, 1993; Anthony Giddens, *Las consecuencias de la modernidad*, 1993; Emilio Lamo de Espinoza, *La sociedad reflexiva. Sujeto y objeto del conocimiento sociológico*, 1990; A. Touraine, *Crítica a la modernidad*, 1993; entre otros. Referidos por María José Fariñas Dulce (2005).

## 6.2. Progresividad e interdependencia: hacia la consolidación democrática

Cuando un modelo político de ejercicio del poder —el poder punitivo también— entra en crisis es porque la ideología que lo sustenta entra en crisis; la crisis de la teoría social influenciada en la mayoría de sus disciplinas por la ideología del positivismo se recrudecería hacia la segunda mitad del siglo xx justo por aquellas razones: la expresión fascista del Holocausto y los millones de personas víctimas del genocidio motivarían el concierto de las naciones en torno a la dignidad intrínseca y los derechos iguales e inalienables de los seres humanos; aquellas atrocidades no podían volverle a ocurrir a la humanidad.

Un paradigma diferente al de la defensa social surgiría fundado en la dignidad humana, desde entonces consagrada en la Declaración Universal y paulatinamente incorporada a las legislaciones locales de los países miembros. Por la dignidad intrínseca de las personas y el reconocimiento de sus derechos en igualdad, las personas no podrían ser objeto más de enajenación, por tanto, tampoco de control ni de sometimiento; no se puede disponer de las personas, todas las personas somos sujetas de derechos y no podemos ser objeto de violencia, ni tampoco de ningún tipo de tutela que les impida o limite ejercer sus libertades.

El paradigma punitivo debía entonces cambiar para alejarse de la defensa social y de las inercias del control —incluso por el derecho— y transitar hacia un modelo de garantía de derechos. Reformas importantes a la Constitución mexicana son ejemplo claro de la pretendida transición entre paradigmas, no solo para las cuestiones relacionadas con la justicia penal —como las reformas en materia de justicia penal para adolescentes y la judicial en materia, principalmente, procesal penal—, también la consagración de la dignidad en la Constitución mexicana —ya en este siglo— y las múltiples reformas, tanto las aludidas como las muchas que han fortalecido —al menos pretendido— la consagración de los derechos humanos desde este nuevo paradigma, como la de derechos humanos de 2011, han exaltado, además, las características de los derechos humanos como principios y su impacto en diferentes materias reguladas por el derecho. Principios como el de progresividad

exaltan la obligación —constitucional— de promover, proteger, respetar y garantizar los derechos humanos así, de manera progresiva, lo que implica entender a los derechos humanos como conquistas: cada vez más derechos, nunca regresión; ello nos impulsa hacia la consolidación democrática del Estado mexicano y nos aleja de aquellas variables inquisitivas propias del paradigma de defensa social.

## 7. Conclusión

Las transformaciones sociales aceleradas de las últimas décadas, han llevado a la diversificación de las sociedades mismas y de los intereses particulares; priorizar el bienestar común no puede ser más en sacrificio de la garantía de derechos para las personas en lo particular, sobre todo de las históricamente excluidas por su condición de diferentes y vulnerables, económica y culturalmente.

Una sociedad que aspira, como la mexicana, a su consolidación democrática, según sus convicciones expresadas en el texto constitucional, debe consolidar democráticamente a su sistema de justicia penal, lo que significa —como lo expresé en el apartado III, inciso b— acotar mayormente las potestades punitivas, para ampliar y garantizar los derechos de las personas en y frente a la justicia penal; esto es, un sistema de justicia penal mayormente respetuoso de los derechos humanos de las personas a las que alcanza, garantizando la sanción al culpable, la absolución para el inocente y la reparación para las víctimas, como lo establece el artículo 20 constitucional.

El derecho, en este sentido, debe ser utilizado, prioritariamente, en la garantía de derechos para las personas y no para el control de las personas mediante el derecho; y en tal pretensión, el derecho penal debe hacer lo propio, en los términos del citado artículo 20 de la carta magna; y ello solo es posible en una concepción democrática de la justicia penal y no desde las influencias y pretensiones represivas que exacerban el control por el derecho, las cuales reprimen en demasía las libertades personales y producen más violencia so pretexto de reprimirla.

El derecho —y el derecho penal— debe, bajo esta lógica, ser motor de cambio y no obstáculo del mismo; debe garantizar el acceso a los derechos para todas las personas sin distinción, debe quitar las barreras que obstaculizan el goce y ejercicio de derechos y

debe construir los mecanismos que hagan posible la garantía de los mismos. Las fórmulas represivas para la justicia penal de reminiscencias positivistas, poco compatibles resultan con los anhelos democráticos de una justicia penal garante de derechos. Ello no debe implicar que el derecho y el derecho penal abandonen su característica de coercitividad e imperio, quiere decir que se priorice la garantía de los derechos por sobre sus pretensiones punitivas, pues al cambiar su teleología priorizará la dignidad humana y dejará en segundo plano sus pretensiones punitivas; su carácter de imperio deberá ser el instrumento para ello, pero como medio y no como fin.

## 8. Fuentes de información

- Barata, A. (2004). *Criminología crítica y crítica al derecho penal. Introducción a la sociología jurídico penal*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Beccaria, C. (1995). *De los delitos y de las penas*. Ciudad de México: Porrúa.
- Berger, P. y Luckmann, T. (2015). *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Bordoni, C. (2017). *Estado de crisis*. Ciudad de México: Paidós.
- Botero, F. (2018). *El eterno retorno de Nietzsche*. Párrafo 341 de 'La gaya ciencia'. *ARCADIA*.
- Bustos Ramírez, J. (1983a). *El pensamiento criminológico I, un análisis crítico*. Bogotá: Temis.
- Bustos Ramírez, J. (1983b). *El pensamiento criminológico II. Estado y control*. Bogotá: Temis.
- Carbonell, M. (2016). *Derechos fundamentales y democracia*. Ciudad de México: Instituto Nacional Electoral.
- Fariñas Dulce, J. (2005). *Sociología del derecho versus análisis sociológico del derecho*. Obtenido de Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/sociologa-del-derecho-versus-analisis-sociologico-del-derecho-0/>
- Ferrajoli, L. (2004). *Epistemología jurídica y garantismo*. Ciudad de México: Distribuciones Fontamara S.A.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. Tomo 2. Teoría de la democracia*. Madrid: Trotta.
- Gabriel Torres, S. (2012). *La emergencia del miedo*. Buenos Aires: EDIAR.
- Garland, D. (1999). *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. Ciudad de México: Siglo XXI.
- Hart, L. (2008). *Punishment and responsibility*. New York: Oxford University Press.
- Irazusta, I. y Gatti, G. (2017). *Un mundo de víctimas*. Madrid: ANTHROPOS.
- Lefranc, F. (2009). *Holocausto y dignidad*. Ciudad de México: UBIJUS.
- Melossi, D. (1992). *El estado de control social*. Ciudad de México: Siglo XXI.
- Pavarini, M. (2003). *Control y dominación. Teorías burguesas contemporáneas y proyecto hegemónico*. Ciudad de México: Siglo XXI.
- PopulationMatters (diciembre de 2019). *PopulationMatters*. Obtenido de <https://populationmatters.org/>
- Sánchez-Ostiz, P. (2012). *Fundamentos de política criminal*. Madrid: Marcial Pons.
- Taylor, I., Walton, P. y Young, J. (1997). *La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Waller, I. (2008). *Menos represión. Más seguridad*. Ciudad de México: INALUD, INACIPE, UBIJUS.
- Zaffaroni, E. R. (1998). *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Buenos Aires: EDIAR.
- Zaffaroni, E. R. y Dias dos Santos, Í. (2019). *La nueva crítica criminológica. Criminología en tiempos de totalitarismo financiero*. Aguascalientes: KAOS.



Universidad de Huelva  
Universidad de Salamanca  
Universidad Pablo de Olavide  
Universidad de Castilla-La Mancha  
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal



**FGR**  
FISCALÍA GENERAL  
DE LA REPÚBLICA



· INACIPE ·  
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES