



BICENTENARIO
PERÚ 2021



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
UNIDAD DE POSGRADO DE DERECHO

«Año del Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia»

Material de enseñanza

SEMINARIO DE
INVESTIGACIÓN EN
DERECHO PENAL ESPECIAL

Elaborado por: *Magister* Alexei Dante Sáenz Torres

Jesús María, agosto de 2021

DEDICATORIA

No quiero dejar de testimoniar que el 18 de enero de este año se fue mi Papá, HERMÓGENES IVENTO SAENZ MARIN, producto de la Covid 19, y que al igual que miles de peruanos consideramos que si tal vez se hubiese tenido un buen sistema de salud pública para las personas de la tercera edad hoy todavía estarían en este mundo, por ello debemos de preocuparnos por mejorar el sistema de salud del país, no solo con la regulación legislativa extrapenal y cuando corresponda la penal, sino con su materialización que es lo más relevante.

¡HASTA SIEMPRE PAPÁ!!!



ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

COMPETENCIAS

GUÍA DE PREGUNTAS

DESARROLLO TEMÁTICO Y LECTURAS DE APOYO

UNIDAD 1: DELITOS CONTRA LA DIGNIDAD HUMANA

1.PRIMERO: García Sedano, T. (2020). *La regulación del delito de trata en derecho penal español*. En García Sedano, T (2020). El delito de trata de seres humanos: El artículo 177 Bis del Código Penal. Madrid, España. REUS Editorial, pp. 13-73.

2. SEGUNDO: Feliini, Z. y Morales Deganut, C. (2018). *El delito de trata de personas en la legislación argentina*. En Feliini, Z. y Morales Deganut, C. (2018). El delito de trata de personas (2 Ed.). Buenos Aires, Argentina. Editorial Hammurabi, pp. 27-72.

UNIDAD 2: DELITOS CONTRA LA LIBERTAD

1.PRIMERO: Guillermo B. W. y Rodríguez-Bailòn, R. (2015). *La desigualdad de poder: Fundamento del acoso*. Rivas Vallejo, P. y García Valverde, M. D. (Directoras). Caballero Pérez, M. J. y Tomás Jiménez, N. (Coordinadoras). Tratamiento integral del acoso. Navarra, España. Editorial Aranzadi, pp. 53-66.

2. SEGUNDO: Rubio Castro, A. (2015). *Aspectos jurídico-conceptuales: significado de acoso en el derecho. Ambigüedades en la normativa y en la conceptualización del acoso e influencia de la Doctrina jurisprudencial en su interpretación.* Rivas Vallejo, P. y García Valverde, M. D. (Directoras). Caballero Pérez, M. J. y Tomás Jiménez, N. (Coordinadoras). Tratamiento integral del acoso. Navarra, España. Editorial Aranzadi, pp. 67-112.

3. TERCERO: Robles Carrillo, M. (2015). *El acoso: Una perspectiva internacional.* Rivas Vallejo, P. y García Valverde, M. D. (Directoras). Caballero Pérez, M. J. y Tomás Jiménez, N. (Coordinadoras). Tratamiento integral del acoso. Navarra, España. Editorial Aranzadi, pp. 205-267.

4. CUARTO: Pumar Beltrán, N. (2015). *Los protocolos de actuación frente al acoso: Dónde existen, dónde operan y dónde son eficaces. Ejemplos de Derecho Comparado.* Rivas Vallejo, P. y García Valverde, M. D. (Directoras). Caballero Pérez, M. J. y Tomás Jiménez, N. (Coordinadoras). Tratamiento integral del acoso. Navarra, España. Editorial Aranzadi, pp. 269-293.

UNIDAD 3: DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

1. PRIMERO: Verde, A. (2019). *El delito de receptación en la doctrina contemporánea.* En Verde, A. (2019). La receptación como delito contra el mercado formal. Madrid, España. Editorial Marcial Pons, pp. 65-138.

UNIDAD 4: DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE

1. PRIMERO: Sáenz Torres, A. (2014). El delito de minería ilegal. En Revista de Derecho y Ciencia Política (Vol. 71) N^o 1, pp. 261-288.

UNIDAD 5: DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA

- 1. PRIMERO:** Daunis Rodríguez, A. (2020). *La graduación de la gravedad de la imprudencia en el tráfico viario*. Daunis Rodríguez, A. La graduación de la imprudencia punible. Navarra, España. Editorial Aranzadi, pp. 89-149.

UNIDAD 6: DELITOS CONTRA LA TRANQUILIDAD PÚBLICA

- 1. PRIMERO:** Muñoz Ruíz, J. (2021). *Marco jurídico en la lucha contra el crimen organizado*. Muñoz Ruíz, J. Respuesta jurídico-penal al crimen organizado. Valencia, España. Editorial Tirant lo Blanch, pp. 41-67.
- 2. SEGUNDO:** Zurita Gutiérrez, A. (2020). *Conducta típica de la organización criminal y criterios de imputación objetiva*. Zurita Gutiérrez, A. El delito de organización criminal. Fundamento y contenido de injusto. Barcelona, España. Editorial Boch Penal, pp. 175-243.
- 3. TERCERO:** Requejo Conde, C. (2021). *Tipologías de las estructuras organizativas*. Requejo Conde, C. Aspecto básico del delito de organización y grupo criminal. España. Editorial Aranzadi, pp. 71-129.

UNIDAD 7: DELITOS CONTRA LA PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA

- 1. PRIMERO:** Leòn Alapont, J. (2020). *Financiación ilegal y responsabilidad penal de los partidos políticos en España*. En Martínez Huamàn, R. E. (Direc.) (2020). La corrupción criminología, derecho penal parte general y especial, compliance, procesal

penal y ejecución penal. Lima, Perú. Editores del Centro, pp. 701-760.

UNIDAD 8: DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

- 1. PRIMERO:** Ramon Ribas, E. (2021). *Desobediencia administrativa y desobediencia penal*. En Ramon Ribas, E. (2021). *Desobediencia, estado de alarma y Covid-19*. Valencia, España. Editorial Tirant lo Blachm, pp. 21-43.
- 2. SEGUNDO:** Ramon Ribas, E. (2021). *El delito de desobediencia del artículo 556 del CP*. En Ramon Ribas, E. (2021) *Desobediencia, estado de alarma y Covid-19*. Valencia, España. Editorial Tirant lo Blach, pp.47-97.
- 3. TERCERO:** Gili Pascual, A. (2017). *Corrupción privada pasiva*. Elementos específicos. En Gili Pascual, A. (2017). *El delito de corrupción en el sector privado*. Madrid, España. Marcial Pons, pp.129-210.

UNIDAD 9: CIBERCRIMINALIDAD

- 1. PRIMERO:** Rovira del Canto, E. (2002). *Noción del delito informático*. Rovira del Canto, E. *Delincuencia informática y fraudes informáticos*. Granada, España. Editorial COMARES, pp. 57-188.
- 2. SEGUNDO:** Rovira del Canto, E. (2002). *El delito de riesgo informático en el ámbito exonómico*. Rovira del Canto, E. *Delincuencia informática y fraudes informáticos*. Granada, España. Editorial COMARES, pp. 189-280.

- 3. TERCERO:** Mirò Llinares, F. (2012). *La criminalidad en el ciberespacio: La cibercriminalidad*. Mirò Linares, F. El cibercrimen. Fenomenologia y criminologia de la delincuencia en el ciberespacio. Madrid, España. Editorial Marcial Pons, pp. 33-45.
- 4. CUARTO:** Mirò Llinares, F. (2012). *Tipo de cibercrimen y clasificaciòn de los mismos*. Mirò Linares, F. El cibercrimen. Fenomenologia y criminologia de la delincuencia en el ciberespacio. Madrid, España. Editorial Marcial Pons, pp. 47-139.
- 5. QUINTO:** Garcia Guilabert, N. (2017). *El ciberespacio como nuevo àmbito de comunicaciòn y oportunidad delictiva..* Garcia Guilabert, N. El ciberacoso . Anàlisis de la victimizaciòn de menores en el ciberespacio desde la Teoria de las actividades cotidianas. Buenos Aires, Argentina. EDISOFER y B de F editorial, pp. 7-42.
- 6. SEXTO:** Garcia Guilabert, N. (2017). *Los menores como victimas del ciberacoso no sexual*. Garcia Guilabert, N. El ciberacoso . Anàlisis de la victimizaciòn de menores en el ciberespacio desde la Teoria de las actividades cotidianas. Buenos Aires, Argentina. EDISOFER y B de F editorial, pp. 43-61.
- 7. SÈPTIMO:** Portilla Contreras, G. (2017). *El retorno de la censura y la caza de brujas de anarquistas*. Mirò Linares, F. (Dir.). Cometer delitos en 140 caràcteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalizaciòn en Internet. Madrid, España. Editorial Marcial Pons, pp. 87-106.

UNIDAD 10: DERECHO PENAL INTERNACIONAL

- 1. PRIMERO:** Arenal Lora, L. (2019). *Los Crímenes económicos contra la humanidad. Aproximación a una definición de una nueva categoría de crímenes contra la humanidad.* Arena Lora, L. Crímenes Económicos en Derecho Internacional: Propuesta de una nueva categoría de crímenes contra la humanidad. Navarra, España. Editorial Aranzadi, pp.233-263.
- 2. SEGUNDO:** Ambos, K. (2018). *Derecho Penal Internacional Económico: Fundamentos de la responsabilidad penal internacional de las empresas.* Navarra, España. Editorial Aranzadi, pp. 23-69.
- 3. TERCERO:** Mèndez Lorenzo, R. C. y Suarèz Martínez, A. (2019). *Odio, sociodiversidad y delincuencia. La perspectiva de la intervenciòn.* Viedma Rojas, A. y Del Val Cid, C. (Dir.). *Odio vs. Derechos humanos: Sociodiversidad, delitos y derechos.* Madrid, España. Editorial Tecnos, pp. 127-151
- 4. CUARTO:** Alcàcer Guirao, R. (2020). *Discurso del odio y sociedad democràtica.* Alcàcer Guirao, R. *La libertad del odio. Discurso intolerante y protecciòn penal de minorías.* Madrid, España. Editorial Marcial Pons, pp. 13-34.

ANEXOS

1. GLOSARIO DE TÉRMINOS

- Mirò Llinares, F.** (2012). El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio. Madrid, España. Editorial Marcial Pons, pp. 299-309.

2. LEYES Y PROYECTOS DE LEY

- Ley N^a 31280:** Ley de reforma constitucional que establece el régimen de residencia temporal del expresidente de la república.
- Ley N^a 31288:** Ley que tipifica las conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional y establece medidas para el adecuado ejercicio de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República.
- Dictamen recaído en el Proyecto de Ley 6623/2020-CR,** en virtud del cual se propone la modificación de los artículos 473, 476-A y 481-A del Código Procesal Penal, a fin de fortalecer el proceso especial por colaboración eficaz.

3. RESOLUCIONES

- Sentencia 602/2021 (Expediente N^a 00258-2019-PHC/TC Lima – Francisco Morles Bermudes).
- Sentencia del caso Ana Estrada Ugarte, resolución N^a 06, del 22 de febrero de 2021.
- Resolución N^a 0224-2011-ROP/JNE, de fecha 28 de noviembre de 2011.

INTRODUCCIÓN

El desarrollo del derecho penal como disciplina del conocimiento atraviesa al igual que otros campos del saber por un momento de estancamiento, pues los diversos paradigmas desarrollados en el siglo anterior a través de un contexto de la modernidad tardía, le ha seguido un momento de incertidumbre, en el que los estados a través de sus gobernantes redireccionaron el manejo de sus presupuestos en vistas del nuevo milenio, debido al desarrollo del mundo globalizado, la cuarta revolución industrial, el inicio de una competencia aeroespacial entre algunas potencias con algunos billonarios, el despegue de China, generándose una crisis de efectos jamás imaginados, dependiendo del grado de riqueza y pobreza de cada uno de los países.

Todo esto produjo una concentración de la riqueza en unos pocos y generó bolsones gigantescos de pobreza de la humanidad, siendo ello incomprensible, en muchos países que cuentan con recursos naturales, empero cuyos ciudadanos están en la extrema pobreza, produciéndose una serie de movimientos de protesta a fin de exigir reformas en la economía, en la salud, en la educación, entre otros aspectos tales como el cambio constitucional.

A ello se suma una crisis institucional, debido a la crisis del paradigma de la representación democrática, pues llegan al poder y se olvidan de lo que ofrecieron en sus propuestas electorales, considerando la falta de legitimidad de los partidos políticos, han surgido ciertos grupos llamados colectivos, que tienen una existencia en la mayoría de los casos fugaz o efímera, por lo que luego de producido un proceso electoral la vieja clase política todavía consigue sus propósitos de dirigir los destinos de estos países a través de diversos mecanismos que solo buscan el mantenimiento del establishment político, económico, social, cultural, educacional, etc.

Si se considera un hecho adicional para el planeta, y no me refiero al calentamiento global que sigue haciendo los estragos en el clima con distintas consecuencias, si no al enemigo global inimaginable, como lo es el inicio de la pandemia por la Covid 19 a partir de finales del año 2019, que terminó por sincerar los sistemas económicos de todos los países desde los más ricos hasta los más pobres, así como el papel de los organismos multilaterales tales como la ONU y específicamente la OMS.

En el caso del Perú, hay que sumarle que en medio de la pandemia se dio el cumplimiento de una fecha en el que se cumplieron 200 años de la declaración de la independencia o el Bicentenario, momento en el que el país

dilucidaba su futuro con un proceso electoral muy complejo, y con muchas críticas tanto del lado ganador y como del perdedor, que venía presidido de una crisis política, que no hacía sino recordarnos que seguimos con nuestros problemas históricos y que en 200 años no los resolvimos.

En este momento qué rol debería desempeñar el derecho, y más específicamente el derecho penal en su versión de la parte especial, a treinta años de vigencias del Código Penal de 1991: Lo que se tiene es la desnaturalización y el desorden sistemático de los bienes jurídicos y de las diversas infracciones penales, la desproporcionalidad sistemática de las sanciones, el paralelismo de las leyes especiales, de abuso de la técnica de la ley penal en blanco que permite el abuso y su desnaturalización al momento de reglamentarse, la incoherencia y contradicción entre la parte especial y la parte general, la repetición e incoherencia de cada una de las circunstancias agravantes específicas con formulaciones ambiguas cuando se refieren a los mismo, la falta de la técnica legislativa a la hora de redactar las infracciones penales: en su modalidad básica, en su modalidad agravada, en su modalidad atenuada, o en las modalidades autónomas, entre otros problemas.

El derecho penal, parte especial, ha generado por parte de algunos el querer realizar formas excepcionales con sus propias reglas de parte general, lo que algunos llamaron la parte general de la parte especial, esta tendencia se ha presentado para los delitos socioeconómicos (para otros simplemente económicos), y también en su momento para el derecho penal internacional (incluso se llegó a considerar un libro III "Delitos contra la humanidad"¹).

La interculturalidad, la transculturalidad, y la multiculturalidad constituyen hoy aspectos de necesaria apreciación y enfoque en cada uno de los trabajos asumiendo que el Perú es un país donde aún fluyen varias culturas, y el trabajo teórico del derecho, y más aún el derecho penal no puede ignorar tamaña complejidad, por ello el orden social, los mecanismos de control social, la realización de conductas punibles sancionables o no, el desarrollo de la doctrina, la jurisprudencia, las sentencias del TC y las sentencias de los organismos supranacionales, así como los tratados bilaterales y multilaterales.

Queda por vislumbrar que en el caso de los altos funcionarios, cualquiera que sea el delito que cometan se deberá evaluar por qué si un funcionario público comete un delito ligado a su especialidad tiene una pena menor a un delito de corrupción, si se entiende que se trata de un funcionario y que en estos casos debería de haber una evaluación para asumir un criterio único y no diferenciado, lo mismo en los delitos socioeconómicos donde se siguen redactando como si fuese cometido por una sola persona, y no una corporación, donde los beneficiados con esos actos son los más altos

¹ Véase en el siguiente enlace al 24 de agosto de 2021, Propuesta del Libro III "Delitos contra la humanidad": https://www4.congreso.gob.pe/historico/cip/temas/estatuto_roma/documento.pdf

accionistas y no el gerente o el trabajador de un nivel medio de la empresa, o el hecho del defraudador tributario, o el defraudador de aduanas, entre otros. Mientras se aprecie estas diferencias en la legislación penal lamentablemente la justicia será una aspiración y eso es uno de los temas que debiéramos cambiar para que la aspiración se vuelva una realidad, pues la realidad solo indica que los beneficiados solo caen en el sistema de manera contingente, pero tan pronto se libran del sistema vuelve a generar poder y a hacer de las suyas.

Si no se consolida la idea de un derecho penal en los campos estructurales del país que aborde temas tales como la administración pública, el sistema económico, financiero, bursátil, entre otros que vaya de la mano con una Constitución, con los tratados internacionales, y con una legislación extrapenal ordenada (administrativa, civil, comercial, bursátil, financiera, etc.) y coherente con la penal, se podrá hacer muy poco en lo que queda de este siglo XXI, y tal vez se siga hablando de lo mismo en el Tricentenario, primero se ordena lo extrapenal y luego lo penal, pero siempre se hace al revés.

Sin embargo, hay que tener cuidado con aquellos que creen que el tema penal debería estar en manos de una mercadotecnia esnobista de los “expertos” en políticas públicas, pues consideran que están preparados para fijar los parámetros de la política criminal en temas tan delicados como la corrupción, la salud pública, y de lesa humanidad.

Se viven momentos en los que la versión de la historia, a partir de la globalización han postulados una serie de cuestionamientos de todo tipo, poniendo en tela de juicio la versión de la historia oficial en todos los campos del saber, aunque ello ha traído como consecuencia la utilización de los mecanismos de la posverdad o relativismo total, así como el afianzamiento de bulos penales o criminal fake news, cuyo único propósito es el desnaturalizar los hechos ocurridos. Aunque, por cierto, no significa que sea lo mismo que la historia oficial, noción predominante en el siglo XX, escrita por los ganadores de la guerra o del conflicto o de la victoria política. Pues en el siglo pasado los escasos libros que discutían la verdad oficial en muchos casos eran casi clandestinos, sin embargo hoy a propósito del bicentenario, la discusión ha desbordado cualquier silenciamiento, pues los acontecimientos en muchos casos tergiversados o ignorados por las versiones oficiales, proceso que por cierto se fue cuestionando los últimos treinta años, ha despertado la curiosidad y la necesidad de no dejar nada en el limbo, por lo cual creo que esta es un de las cuestiones más rescatables del siglo XXI, y nuestro caso del bicentenario, tal vez porque las nuevas generaciones deben conducirse rumbo al tricentenario libres de las taras del bicentenario.

Así por poner un ejemplo en lo que a este punto es el hecho de si el expresidente Alberto Fujimori vulneró o no los derechos humanos a través de las esterilizaciones no consentidas de algunas o muchas mujeres peruanas en la década de los 90 (del siglo XX), pues para algunas ninguna no se vulneró política pública alguna a través de las esterilizaciones (“La

Verdad de una Mentira” de María Cecilia Villegas Otero) y para otras sí se realizó versión (“Pájaros de Medianoche” de Inés Ruiz Alvarado), aunque el tema está en investigación y son innumerables las versiones en un tiempo muy cercano se dejará constancia de los hechos a través de una sentencia o mecanismos similar, si así terminara el caso y no de otra manera, con lo cual a posteriori surgirán otras posverdades o criminal fake news, situación que solo cambiará en la medida en que los ciudadanos de un país estén bien informados, y por ello quiero decir que se trascienda el mundo de las redes sociales. Solo así se alcanzaría librar a las futuras generaciones de tamañas taras del pasado.

En el presente material nos hemos preocupado por contar con las lecturas que traten del estado actual de la cuestión tales como: UNIDAD 1: DELITOS CONTRA LA DIGNIDAD HUMANA; UNIDAD 2: DELITOS CONTRA LA LIBERTAD; UNIDAD 3: DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO; UNIDAD 4: DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE; UNIDAD 5: DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD; UNIDAD 6: DELITOS CONTRA LA TRANQUILIDAD PÚBLICA; UNIDAD 7: DELITOS CONTRA LA PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA; UNIDAD 8: DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA; UNIDAD 9: CIBERCRIMINALIDAD; UNIDAD 10: DERECHO PENAL INTERNACIONAL. A continuación se hará una breve descripción de cada Unidad:

En la Unidad 1 se aborda el tema del delito de trata de personas en el derecho comparado español.

En la Unidad 2 se aborda el acoso sexual desde la perspectiva desde su fundamento, su significado, la perspectiva internacional, así como los protocolos de actuación frente el acoso.

En la Unidad 3 se aborda el tema del delito de desde sus elementos principales.

En la Unidad 4 se aborda el tema del delito contra el medio ambiente, en el que se trata el delito de minería ilegal desde los elementos configuradores del tipo penal.

En la Unidad 5 se aborda el tema de la imprudencia en el tráfico viario.

En la Unidad 6 se aborda el tema del delito de organización criminal desde el marco jurídico, la conducta típica y la estructura organizativa.

En la Unidad 7 se aborda el tema del delito de financiación ilegal y responsabilidad penal de los partifos políticos.

En la Unidad 8 se aborda el tema del delito de desobediencia administrativa y desobediencia penal, así como el delito de desobediencia, y el delito de corrupción privada pasiva.

En la Unidad 9 se aborda el tema de la noción del delito informático, el delito de riesgo informático en el ámbito económico, la criminalidad en el ciberespacio, tipos de cibercrimen y su clasificación, el ciberespacio como nuevo ámbito de comunicación delictiva, los menores como víctimas del ciberacoso no sexual, y el retorno de la censura y la caza de brujas de anarquistas.

En la Unidad 10 se aborda el tema del delito de los crímenes económicos contra la humanidad, el derecho penal internacional económico, el odio, sociodiversidad y delincuencia, la perspectiva de la intervención, el discurso del odio y la sociedad democrática.

En la última parte están los anexos, que comprende un glosario de términos del cibercrimen, algunas leyes N° 31280 (ley de reforma constitucional que establece el régimen de residencia del expresidente de la República) y N° 31288 (ley que tipifica las conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional y establece medidas para el adecuado ejercicio de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República), el dictamen del proyecto de ley N° 6623/2020CR sobre la colaboración eficaz, resoluciones del TC (caso Francisco Morales Bermúdez), JNE (caso de la denegación del MOVADef) y del juzgado constitucional en referencia al caso de Ana Estrada (eutanasia).

Finalmente, quiero agradecer al equipo de personas que siempre me apoyan en las actividades académicas tales como Hebert Ricra, Leydi Yupanqui y Karen Guzmán.

Lima 24 de agosto de 2021

Alexei Dante Sáenz Torres
Profesor Principal de Derecho Penal (TC)

GUÍA DE PREGUNTAS

A continuación se presentan una serie de preguntas a fin de realizar un mejor aprovechamiento de las distintas lecturas:

1. ¿Cuáles son las modalidades delictivas que presenta el delito?
2. ¿Describa Ud., el contenido del tipo penal, tanto en su aspecto objetivo como en el aspecto subjetivo?
3. ¿Qué problemas de autoría plantea el delito?
4. ¿Existen algunos elementos del tipo penal que se han interpretado de alguna manera por parte de la jurisprudencia nacional?
5. ¿Existe algún conflicto entre los tipos penales o acaso de presenta un conflicto o concurso de normas penales?
6. ¿Cuál es el contenido del bien jurídico protegido?
7. ¿En qué consiste el contenido del aspecto subjetivo del tipo penal?
8. ¿Cuáles son los criterios de justificación subyacentes en la circunstancias modificatorias atenuantes o agravantes, o mixtas?
9. ¿Qué principios del derecho penal ayudan a precisar el contenido del tipo penal?
10. ¿Qué correctivos se tendrían que realizar de *lege ferenda* al tipo penal?
11. ¿Hay alguna adecuada ponderación de la pena conminada para el tipo penal?
12. ¿Otras preguntas que se puedan formular por parte del profesor o de los participantes?

UNIDAD 1

DELITOS CONTRA LA DIGNIDAD HUMANA

Competencias

- Analizar las principales características del delito de trata de personas y los problemas concursales con delitos conexos.

PRIMERA LECTURA

García Sedano, T. (2020). *La regulación del delito de trata en derecho penal español*. En García Sedano, T (2020). El delito de trata de seres humanos: El artículo 177 Bis del Código Penal. Madrid, España. REUS Editorial, pp. 13-73.

La presente lectura desarrollo un análisis profundo sobre el delito de trata de personas, conforme la legislación española; dentro del cual, inicia con la discusión del objeto de protección en dicho tipo penal.

COLECCIÓN DE DERECHO PENAL

Directora:

ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ

Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Castilla-La Mancha

**EL DELITO DE TRATA DE
SERES HUMANOS: EL ARTÍCULO
177 *BIS* DEL CÓDIGO PENAL**

Tania García Sedano

Doctora en Derecho

REUS
EDITORIAL

Madrid, 2020

© Editorial Reus, S. A.
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid
Teléfonos: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 445 11 26
reus@editorialreus.es
www.editorialreus.es

1.ª edición REUS, S.A. (2020)
ISBN: 978-84-290-2308-4
Depósito Legal: M 13469-2020
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales Cometa, S. A.
Ctra. Castellón, km 3,400 – 50013 Zaragoza

Ni Editorial Reus ni sus directores de colección responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan sus propios autores. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley. Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

II. LA REGULACIÓN DEL DELITO DE TRATA EN DERECHO PENAL ESPAÑOL

1. ANTECEDENTES REGULATORIOS DEL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS

El Legislador español no tipificó en el Código Penal de 1995, de manera autónoma, el delito de trata de seres humanos. En su defecto, Ley Orgánica 10/95 de 23 de noviembre, incluyó diversos tipos delictivos a través de los que: «de forma desacertada, insuficiente y desordenada²², persiguió la tipificación de distintas conductas vinculadas con el delito de trata de seres humanos».

Así, no fue hasta la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, que reformó el Código Penal que se tipificó de forma autónoma el delito de trata de seres humanos en nuestro ordenamiento, en el Título VII bis del Código Penal, denominado «De la trata de seres humanos»²³.

El Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modificaba la Ley Orgánica 10/95²⁴ consideró que: «*en términos generales el artículo 177 bis del Anteproyecto se ajusta escrupulosamente a las exigencias de los Convenios Internacionales suscritos por España en relación con la trata de seres humanos. En concreto, podría afirmarse que realiza una transposición casi literal de los mandatos contenidos en el Convenio del Consejo de Europa para la lucha*

²² LÓPEZ RODRÍGUEZ, J. *Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral*. Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 69.

²³ MAPELLI CAFFARENA, B. «La trata de personas», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXV, 2012, p. 47.

²⁴ CONSEJO FISCAL. *Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal*. Madrid, 2013, p. 85.

contra el tráfico de seres humanos, completada con algunas precisiones provenientes de la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo de 19 de julio de 2002».

La reforma introdujo el artículo 177 bis y, para garantizar la coherencia interna del Código, derogó los artículos 313 párrafo 1 y 318 bis párrafo 2.

Con posterioridad al año 2010, debemos destacar dos hitos. La primera, la adopción de la Circular 5/2011 de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, que constituye: «el más importante instrumento a disposición del Ministerio Fiscal en esta materia además de una relevante herramienta interpretativa»²⁵. La segunda, la reforma operada mediante Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo con la declarada finalidad de incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva 2011/36/UE²⁶.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

2.1. El injusto en el delito de trata de personas: el bien jurídico protegido

La determinación del bien jurídico protegido por el delito de trata de seres humanos no es una cuestión sencilla²⁷. Por ello, su concreción ha polarizado a la doctrina, fundamentalmente, en torno a tres posturas. Por un lado, aquéllos que sostienen que el bien jurídico protegido es la dignidad. Por otro, se encuentran los que defienden que es la integridad moral. Y una tercera postura, ecléctica, que considera que la trata es un delito pluriofensivo que menoscaba la dignidad, la libertad, la integridad moral y los derechos fundamentales.

²⁵ FERNÁNDEZ OLALLA, P. «La trata de personas con fines de explotación sexual: perspectiva del Ministerio Fiscal en la represión del delito de trata»; en LARA AGUADO, A. (Dir.), *Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual: un enfoque multidisciplinar*, Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, p. 421.

²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de junio de 2016, Roj: ATS 6495/2016.

²⁷ SOTO DONOSO, F. «Aspectos dogmáticos del delito de trata de personas del artículo 3 del Protocolo de Palermo», en *Revista Jurídica del Ministerio público*, nº 39. 2009, p. 174. En el mismo sentido, GAJARDO ORELLANA y TORRES FIGUEROA. «Los tipos penales de tráfico de migrantes y trata de personas en la Ley 20.507», en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, nº 47. 2011, p. 249.

Resulta fundamental para proceder a una adecuada resolución de esta cuestión, precisar, como señala Requejo Naveros²⁸ que éste no tutelará, anticipadamente, ninguno de los bienes jurídicos que puedan llegar a ser puestos en peligro o lesionados en caso de producirse la efectiva explotación.

En todo caso, dada la relevancia del bien jurídico protegido, en ningún supuesto será admisible el error de prohibición, pues el respeto a la tradición y a las diferentes culturas tiene como límite infranqueable el respeto a los derechos humanos.

2.1.1. La dignidad como bien jurídico protegido del delito de trata

Quienes defienden esta tesis se centran en la idea de dignidad como fundamento de cualquier derecho fundamental²⁹.

En el ámbito normativo, refrendan esta consideración el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la Trata de Seres Humanos³⁰ que considera que: «*La trata de seres humanos constituye una violación de los derechos de la persona y un atentado contra la dignidad y la integridad del ser humano*».

Por su parte, el Convenio del Consejo de Europa en su artículo 4 proscribire la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso y vin-

²⁸ REQUEJO NAVEROS, M.T. «El delito de trata de seres humanos en el Código Penal español: panorama general y compromisos internacionales de regulación», en ALCACER GUIRAO, R. MARTÍN LORENZO, M. y VALLE MARISCAL DE GANTE, M. (Coord.), *La trata de seres humanos: persecución penal y protección de las víctimas*. Edisofer, Madrid, 2015, p. 19. VILLACAMPA ESTIARTE, C. «El artículo 177 bis», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal Español*. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 1112. SOTO DONOSO, F. «Aspectos dogmáticos del delito de trata de personas del artículo 3 del Protocolo de Palermo», *op. cit.*, p. 176.

²⁹ La Constitución Española no incluye un derecho fundamental a la dignidad sino que establece que la misma es el fundamento del orden político y la paz social, artículo 10 Constitución Española. Refrendan este argumento PARLAMENTO EUROPEO. Resolución sobre trata de personas, de 18 de enero de 1996, considera que: «la trata de hombres, mujeres, niños y jóvenes adultos es incompatible con la dignidad y el valor de la persona humana y constituye una grave violación de derechos humanos». GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Marcial Pons, Madrid, 2005. p. 99.

³⁰ Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio n° 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005 publicado en el BOE 10 de septiembre de 2009. Preámbulo.

culando la prohibición a la conexión de estas figuras jurídicas con la dignidad³¹.

Del mismo modo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea prohíbe en su artículo 5 párrafo 3 la trata de seres humanos. Alonso García³² interpretando el precepto considera que el fundamento último de esta prohibición reside en la necesidad de la protección de la dignidad humana.

Desde una mirada al ordenamiento interno, los precedentes legislativos y en concreto la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/99 de reforma del Código Penal refería a la dignidad como bien jurídico en el delito de trata³³.

En ese sentido, se posiciona tanto la Fiscalía especializada en materia de extranjería³⁴ que arguye: «*cualitativamente es considerado uno de los atentados más graves a la dignidad humana por cuanto al cosificar al ser humano no sólo atenta contra su libertad e integridad*». Como una parte significativa de la doctrina³⁵ que acude, entre otros, a argumentos de

³¹ CANOSA USERA, R. «Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado», en GARCÍA ROCA J y SANTOLAYA, P. (Coords.), *La Europa de los derechos: El convenio Europeo de Derechos Humanos. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 2014, p. 116.

³² ALONSO GARCÍA, R. SARMIENTO, D. «Artículo 5», en Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea, Explicaciones, concordancias y jurisprudencia. Civitas, Cizur Menor, 2006, p. 97.

³³ Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/99 de reforma del Código Penal refería a la dignidad como bien jurídico «*Al invocar la dignidad de la persona humana y los derechos inherentes a la misma como bienes jurídicos afectados por las conductas de referencia, se pone de manifiesto que también el acatamiento de la Constitución Española constituye uno de los fundamentos, y no el menos importante, de la reforma proyectada, desde el momento en que, según el artículo 10.1 de aquella, "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", lo que ha de ser completado por la constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, para quien "la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás"*».

³⁴ FISCALÍA ESPECIALIZADA EN MATERIA DE EXTRANJERÍA. *La trata de seres humanos, la inmigración clandestina y los derechos contra los ciudadanos extranjeros: síntesis de la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo*. www.fiscal.es. 7.

³⁵ BAUCCELLS LLADÓS, J. «El tráfico ilegal de personas para su explotación sexual», en RODRÍGUEZ MESA, M.L y RUIZ RODRÍGUEZ, L.R. *Inmigración y sistema penal: Retos y Desafíos para el s. XXI*, op. cit., p. 181. CARUSO, G. *Delitti di Schiavitù e Dignità Umana nella riforma degli art. 600, 601 e 602 del Codice penale. Contributo all'interpretazione*. Cedam n° 228. Padova, 2005, p. 220. CUGAT MAURI, M. «Trata de

carácter sistemático³⁶, pues su ubicación evidenciaría el carácter individual y personal del bien jurídico protegido por este delito. En ese sentido, el Título VII bis³⁷ se ubica entre los que criminalizan las torturas y la

seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios, op. cit.*, p. 160. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*. Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 707. IGLESIAS SKULJ, A. «De la trata de seres humanos: artículo 177 bis Código Penal», en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*. Tirant lo Blanch, Valencia. 2015, p. 599. LLORIA GARCÍA, P. «Trata de seres humanos», en BOIX REIG, J. (Dir.), *Derecho penal. Parte especial*. Volumen I, Iustel, Madrid 2010, p. 297. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. *Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del artículo 318 bis del C.P. Atelier*, Madrid, 2007, p. 59. MARTOS NUÑEZ, J.A. «El delito de Trata de Seres Humanos: Análisis del artículo 177 bis del Código Penal», *op. cit.*, p. 100. MUÑOZ CUESTA, F. J., «Trata de seres humanos: aspectos más relevantes que configuran esta nueva figura criminal», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 4, 2011, p. 2. QUERALT JIMÉNEZ, J. J. *Derecho penal español. Parte especial*. Atelier, Barcelona, 2010, p. 183. QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Aranzadi. Cizur Menor 2005, p. 283. Comparte esa perspectiva, TERRADILLOS BASOCO, J. «Trata de seres humanos», en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la reforma de 2010*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 208. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I. «Trata de personas», en ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. (Coord.) *Memento experto. Reforma penal, op. cit.*, p. 73. SÁNCHEZ COVISA, J. «El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis», *op. cit.*, p. 38. TERRADILLOS BASOCO, J. M. «Trata de seres humanos», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L (Dirs.), *Comentarios a la reforma de 2010, op. cit.*, p. 208. VILLACAMPA ESTIARTE, C. «Título VII bis de la Trata de seres Humanos», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 1108.

³⁶ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular 5/2011. *Sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración*, p. 1561. En ese sentido, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de julio de 2019.Roj: STS 2572/2019 y Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 15 de septiembre de 2014, Roj: STAP B 11117/2014 . Doctrinalmente, PÉREZ ALONSO, E. «La trata de seres humanos», en ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B. *Derecho Penal: Parte Especial, Un estudio a través del sistema de casos resueltos. Tomo I: Delitos contra las personas*. Tirant lo Blanch, Valencia.2011, p. 264.

³⁷ En esa dirección, Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010. Doctrinalmente, JUANES PECES, A. *Reforma del Código Penal: Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio. Situación jurídico penal del empresario*. Editorial Novedades Legislativas, Madrid, 2010, p. 44. En el mismo sentido, se pronuncia VICENTE MARTÍNEZ, R. en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal, op. cit.*, p. 707 y MUÑOZ CUESTA, J. «Trata de seres humanos: aspectos más relevantes que configuran esta nueva figura criminal», en *Revista Aranzadi Doctrinal*

indemnidad sexual (Título VIII), adecuándose a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Ahora bien, la primera pregunta que debemos hacernos es ¿qué es la dignidad? La doctrina³⁸ describe la dignidad como lo específicamente humano, el lugar de donde derivan y en el que descansan los derechos humanos, en su dimensión constitucional.

Por su parte la jurisprudencia constitucional ha descrito la dignidad como «valor espiritual y moral inherente a la persona³⁹», lo que significa que: «la

núm. 4/2011 (Tribuna), p. 2. Para este autor, razones de contenido y también sistemáticas determinan que el bien jurídico protegido sea la dignidad, en la medida que el legislador ha ubicado la trata después de los delitos contra la integridad moral y antes de los delitos contra la libertad y la seguridad.

³⁸ ALEGRE MARTÍNEZ, M.A *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*. Universidad de León, León. 1996, p. 129, 130 y 131. Quien define la dignidad como: «una característica propia e inseparable de toda persona en virtud de su racionalidad —independientemente del momento y de las circunstancias en las que se desenvuelve su vida— que se materializa en la realización, desarrollo y perfección de la propia personalidad a través del ejercicio de los derechos inviolables e irrenunciables que le son inherentes». ALONSO ÁLAMO, M. «¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual», en *Revista Penal La Ley*, 2007, pp. 3-20. «La protección de la dignidad estaría detrás de los tipos de delito que protegen bienes jurídicos fundamentales o, incluso detrás de todo el derecho penal, pero no sería susceptible de protección directa, inmediata». ALONSO ÁLAMO, M. «Derecho penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a los delitos contra la dignidad», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Coords.), *Libro homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 287. DÍAZ PITA, M.M. «El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral», en *Revista de Estudios penales y criminológicos*, XX. Santiago de Compostela, 1997, p. 421. «La propia cualidad de ser humano y el respeto a esa cualidad que tenemos por el hecho de serlo». En el mismo sentido, MONTANO, P.J «La dignidad humana como bien jurídico tutelado por el derecho penal», en *Revista de derecho*, Año 2, N.º 3, 2003, p. 48. PÉREZ CEPEDA, A.I. «Los bienes jurídicos protegidos en el artículo 318 bis. Especial referencia al tráfico con fines de explotación sexual», en GARCÍA ARÁN, M. *Las normas penales españolas: cuestiones generales. Trata de personas y explotación sexual*, Comares, Granada, 2006, p. 42. En ese sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de abril de 1985, STC 53/85, fundamento jurídico 8º, «La dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás».

³⁹ Sentencias del Tribunal Constitucional de fecha 11 de abril de 1985, STC 53/85, 27 de junio de 1990, STC 120/90, y de 28 de febrero de 1994, STC 57/94. Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión ha reconocido el derecho fundamental a la dignidad humana en el asunto Países Bajos vs. Parlamento Europeo y Consejo, de 9 de octubre d 2001. C-377/98.

*regla del artículo 10.1 de la Constitución, proyectada sobre los derechos individuales, implica que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un *mínimum invulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar».*

La dignidad no es algo que sólo concierna a cada individuo, sino que es el fundamento del orden político y la paz social, artículo 10, párrafo 2, de la Constitución española, y ello por cuanto la dignidad no puede concebirse, exclusivamente, para los individuos como sujetos aislados sino que debe hacerse para los individuos en relación con la sociedad.

De ese modo se confiere a la dignidad un carácter absoluto, de manera que los seres humanos por ser titulares de la misma, deben quedar sustraídos a cualquier propósito cosificador⁴⁰.

Por lo que se refiere a los autores que disienten de esta postura⁴¹, parten de la inadecuación de la configuración de la dignidad como bien jurídico y ello, por razones de índole conceptual, en cuanto que consideran que se trata de un principio útil para valorar la legitimidad de la norma jurídica.

Ciertamente⁴², la dignidad es un concepto jurídico de difícil definición. No obstante, Villacampa⁴³ considera que la dignidad humana se podría identificar con el respeto a la integridad del ser humano, a su libertad y a la igualdad.

⁴⁰ BOLDOVA PASAMAR, M.A. «La trata de seres humanos», en BOLDOVA PASAMAR, M.A., SOLA RECHE, E. y ROMEO CASABONA, C.M. (Coord.), *Derecho Penal: parte especial, conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015 de 30 de marzo*. Comares, Granada, 2016, p. 181. Por su parte, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. «Torturas y otros atentados contra la integridad moral», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XXI, Santiago de Compostela, 1998, p. 71.

⁴¹ CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, I. Tecnos, Madrid, 2004, p. 20. Díez Ripollés, J. L. «El objeto de protección del nuevo Derecho Penal sexual», en Díez Ripollés, J. L. (Dir.), *Delitos contra la libertad sexual*, CGPJ, Colección Estudios de Derecho Judicial, nº 21, 1999, p. 242. Díez Ripollés, J. «El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual», en *Revista de Derecho Penal y Criminología* nº 6, 2000, p. 88. Gracia Martín, L. «El delito y la falta de malos tratos en el Código Penal español de 1995», en *Actualidad Penal*, 1996, p. 581. Peris Riera, J. M. y García González, J. «El bien jurídico protegido en los delitos relativos a la manipulación genética: criterios de incriminación», en Benítez Ortúzar, I. F. y Morillas Cueva, L. y Peris Riera, J. M. I., *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina*. Dykinson, Madrid, 2005, p. 116.

⁴² Villacampa EstiarTE, C. «Artículo 177 bis», en Quintero Oliveres, G. (Dir.), *Comentarios a la parte especial del Código*. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 281.

⁴³ Villacampa EstiarTE, C. «Artículo 177 bis», en Quintero Oliveres, G. (Dir.), *Comentarios a la parte especial del Código*. op. cit., p. 283.

2.1.2. La integridad moral como bien jurídico protegido del delito de trata

Frente a la postura anterior, otro sector de la doctrina sostiene que el bien jurídico protegido por el delito de trata está constituido por la integridad moral⁴⁴.

Ciertamente, aquellos que centran el bien jurídico protegido en la integridad moral lo hacen por la, ya referida, dificultad en la definición de la dignidad como concepto jurídico.

No obstante, el constituyente⁴⁵ determinó que la misma tuviese una expresa protección como categoría autónoma.

En un intento de aproximarnos al concepto de integridad moral, hemos de acudir al artículo 15 de la Constitución Española que ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional quien ha subrayado que el artículo 15 de la Constitución garantiza⁴⁶: «*La inviolabilidad de la persona, no sólo contra los ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o*

⁴⁴ BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. «Capítulo 10. Trata de seres humanos», en MORILLAS CUEVA, L. (Coord.), Sistema de Derecho penal español. Parte especial. Dykinson, Madrid, 2011, p. 227 y 228. GUZMÁN DALBORA, J. L. «La trata de seres humanos y el problema de su bien jurídico», en Revista procesal penal, nº 62, 2007, p. 14. E.U. de Relaciones Laborales de la Universidad de Granada. Granada 2001, p. 146. PÉREZ ALONSO, E. J. «La trata de seres humanos en el derecho penal español», en VILLACAMPA ESTIARTE, C. La delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual. Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 102. POMARES CINTAS, E. «El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral», en Revista de Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 13-15, 2011, p. 6. LAFONT NICUESA, L. «Los delitos de trata de personas e inmigración ilegal tras la LO 5/2010, 22 de junio por la que se reforma el Código Penal», en RICHARD GONZÁLEZ, M., RIAÑO BRUN, I. y POELEMANS, M. Estudios sobre la lucha contra la trata de seres humanos; Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 141. LARA AGUADO, A. Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual. Un enfoque interdisciplinar. Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor. 2012, p. 389. MARTOS NÚÑEZ, J. A. «El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código Penal», op. cit., p. 100. NIETO GARCÍA, Á.J. «Concurso penal de la trata de seres humanos y utilización de menores como mendigos», en Diario La Ley, nº 7867, 2012, p. 65. SOTO DONOSO, F. «Aspectos dogmáticos del delito de trata de personas del artículo 3º del Protocolo de Palermo», op. cit., p. 17.

⁴⁵ MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comares, Granada. 2012, p. 234.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 27 de junio de 1990, STC 120/90: «El derecho a la integridad moral, mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra los ataques dirigidos a lesionar espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular».

espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular».

La garantía constitucional de la dignidad implica la proscripción de instrumentalización de un individuo y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a un fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto.

Jurisprudencialmente, el Tribunal Supremo ha intentado definirla apoyándose en el artículo 15 de la Constitución como: «*Un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo; esto es, como sujeto moral, fin en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento*», o en otras palabras: «*la integridad moral está constituida por la humillación y vejación sufridas por la víctima, a quien se le dispensa un trato instrumental y degradante para su dignidad*⁴⁷».

Doctrinalmente, destacaremos tres autores, Rodríguez Mesa⁴⁸ define la integridad moral como el «*conjunto de sentimientos, ideas y vivencias cuyo equilibrio, al facilitar al individuo la opción de unas posibilidades frente a otras, permite la unicidad de cada uno de los seres humanos y su libre albedrío y desarrollo de acuerdo con su condición de persona*». Por su parte, para Conde Pumpido⁴⁹ la integridad moral es el derecho a ser tratado como un ser humano con absoluto respeto a su personalidad y voluntad. Para concluir, González Cussac⁵⁰ identifica la integridad moral

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de noviembre de 2014, Roj: STS 7040/2004, Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 6 de abril de 2000, Roj: STS 2850/2000, y 8 de mayo de 2002, Roj: STS 3247/2002, se decanta por vincular el concepto de integridad moral con todas las facetas de la personalidad, como la de la identidad individual, el equilibrio psicofísico, la autoestima, o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano. La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de noviembre de 2004, Roj: STS 7040/2004. Por su parte en el contexto de la jurisprudencia menor es destacable la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de fecha 29 de julio de 2016, Roj: SAP C 1948/2016: «*La integridad moral, por ello, es un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo; esto es, como sujeto moral, en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento.*

⁴⁸ RODRÍGUEZ MESA, M. J. Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por los funcionarios públicos. Comares, Granada, 2000, p. 165.

⁴⁹ CONDE PUMPIDO TOURON, C. «El derecho fundamental a la integridad moral reconocido en el artículo 15 de la Constitución», en *Revista jurídica La Ley*, 1996, p. 1669.

⁵⁰ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. «Delitos de tortura y otros tratos degradantes (delitos contra la integridad moral)», en VIVES ANTON, T. y MANZANARES SAMANIEGO, J.L. (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal de 1995. Parte especial*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 78. En el mismo sentido, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. «Torturas y otros atentados contra la integridad moral», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XXI, 1998, p. 83 y 115.

con la incolumidad, entendida ésta como la protección frente a la posibilidad de que un ser humano pueda ser cosificado.

2.1.3. Posturas eclécticas

Desde una postura conciliadora entre las dos corrientes doctrinales expuestas, se hayan quienes consideran que el delito de trata de seres humanos es un delito pluriofensivo⁵¹. Circunscrita en esta posibilidad, se encuentran quienes consideran que el bien jurídico protegido por el delito de trata está integrado por la dignidad y la integridad moral⁵².

⁵¹ CARNEVALI, R., «La trata de personas y la normativa internacional. Algunas consideraciones de su regulación en Chile» in *Revista de Derecho Penal Contemporáneo*, nº 4, 2013, p. 182. SOTO DONOSO, F. «Aspectos dogmáticos del delito de trata de personas del artículo 3º del Protocolo de Palermo». *Op. cit.*, p. 174. El delito de trata de seres humanos es pluriofensivo, porque «cautela diversos bienes jurídicos de carácter personalísimo, como la vida e integridad física y psíquica, libertad y seguridad personal, libertad sexual individual, indemnidad o intangibilidad sexual, libertad de tránsito y de residencia, libertad de trabajo, vida privada y honra». MAPELLI CAFFARENA, B. «La trata de personas», *op. cit.*, p. 51. MARAVER GÓMEZ, M. «Trata de seres humanos», en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.), *Memento penal 2016*. Francis Lefebvre, Madrid. 2015, p. 944. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia. 2015, p. 169. SANTANA VEGA, D. «Artículo 177 bis del Código penal», en CORCOY BIDASOLO, M. Dir., *Manual de Derecho penal. Parte especial. Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia. 2015, p. 178. REQUEJO NAVEROS, M.T. «El delito de trata de seres humanos en el Código penal español: Panorama general y compromisos internacionales de regulación», en ALCÁCER GUIRAO, R. MARTÍN LORENZO, M. y VALLE MARISCAL DE GANTE, M. (Coords.), *La trata de seres humanos: Persecución penal y protección de las víctimas*, *op. cit.*, p. 29; CANO PAÑOS, M.Á. «De la trata de seres humanos», en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), *Estudios sobre el Código penal reformado*, Dykinson, Madrid. 2015, p. 423; OLAIZOLA NOGALES, I. «A vueltas con la inmigración ilegal y el nuevo delito de trata de personas», en FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. (Dir.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Editorial Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo. 2013, p. 472.

⁵² MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010, p. 169: «El bien jurídico es, por tanto, doble, aunque la razón de su incriminación autónoma tiene más que ver con la dignidad e integridad moral a la que se lesiona a través de diversas formas de atentado a la libertad». En idéntico sentido, DE LEÓN VILLALBA, F.J. *Tráfico de personas e inmigración ilegal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 343. TERRADILLOS BASOCO, J.M. *Trata de seres humanos. Comentario a la Reforma del Código Penal de 2010*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 15. BENÍTEZ ORTUZAR, I. «Capítulo 10: Trata de seres humanos», en MORILLAS CUEVAS, L. (Coord.) *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*. Dyckinsons, Madrid, 2011, p. 227. NIREMPERGER, Z. y RONDAN, F. *Mercaderes de Vidas. Una visión histórica, sociológica y jurídica del delito de trata de personas*. Contexto, Chaco. 2010, p. 84.

Compartimos el criterio de Muñoz Conde y Alonso Álamo⁵³ sobre la dificultad de trazar la línea divisoria entre ambos conceptos. En ese sentido, hacemos propia la afirmación de Muñoz Conde cuando señala que con el delito de trata se protege un bien jurídico doble, dignidad e integridad moral⁵⁴ y ello subrayando que si hubiera una diferenciación entre ambos conceptos, la línea entre la dignidad y la integridad moral sería extremadamente fina. En el mismo sentido se pronuncian Boromat Torno y Grima Lizandra⁵⁵ asentando su postura en el artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Esta postura se aviene con las exigencias normativas y el ataque frontal a la «humanidad»⁵⁶ que supone el delito de trata de seres humanos.

Para concluir, habría cuatro sectores minoritarios, el primero de ellos⁵⁷ amparado por jurisprudencia⁵⁸ que respaldándose en la Exposición de

⁵³ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular 5/2011. *Sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración*, p. 1561.

⁵⁴ ALONSO ÁLAMO, M. «¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual», *op. cit.*, p. 6.

⁵⁵ BOROMAT TORMO, M y GRIMA LIZANDRA, V. «La esclavitud y la servidumbre en el Derecho español», en CUERDA ARNAU, M.L *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal: Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 282.

⁵⁶ Conforme a la primera acepción del Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Humanidad: «(Del lat. *humanitas*, -ātis). 1. f. naturaleza humana».

⁵⁷ ALONSO DE ESCAMILLA, A., en LAMARCA PÉREZ, C. (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª ed. Colex, Madrid, 2011, p. 147. SANTANA VEGA, D. «El nuevo delito de trata de seres humanos», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 104, 2011, p. 84. AGUILAR ARANELA, C., *Delitos sexuales. Tráfico ilícito de migrantes y trata de personas con fines de prostitución y explotación. Grooming, doctrina y jurisprudencia*. Metropolitana, Santiago de Chile, 2012, p. 199. SOTO DONOSO, F. «Aspectos dogmáticos del delito de trata de personas del artículo 3º del Protocolo de Palermo», *Revista Jurídica del Ministerio público*, nº 39, 2009, p. 176. CARNEVALI, R., «La trata de personas y la normativa internacional. Algunas consideraciones de su regulación en Chile», *op. cit.*, p. 182.

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de septiembre de 2015, Roj: STS 4059/2015: «Para llevar a cabo este objetivo se procede a la creación del Título VII bis, denominado “De la trata de seres humanos”». Así, el artículo 177 bis tipifica un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren». Sentencia del Tribunal Supremo de fecha de fecha 17 de mayo de 2011, Roj: STS 3111/2011: «(...) cuando el nuevo Título VII bis, en el que prevalece la protección de la dignidad y libertad de los sujetos pasivos (...)». En el contexto de la jurisprudencia

Motivos de la Ley Orgánica 5/2010 consideran que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos⁵⁹.

El segundo, considera que el bien jurídico protegido es la libertad⁶⁰. Quienes se oponen a este criterio, afirman que si la dignidad es predicable como bien jurídico de todos los delitos pues todos la lesionan de una u otra forma, dicha afirmación es, asimismo, predicable de la libertad⁶¹.

El tercero, adoptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶², ha fijado el bien jurídico protegido en la dignidad, la libertad personal y la integridad física.

El cuarto y último, está representado por quien⁶³ sostiene que el bien jurídico protegido estaría configurado sobre los derechos humanos de las víctimas.

2.2. El consentimiento en el delito de trata

El consentimiento representa uno de los elementos que permiten perfilar la distinción entre los delitos de trata de seres humanos y tráfico ilícito de inmigrantes⁶⁴.

menor, Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 19 de mayo de 2015, Roj: SAP M 7349/2015, y Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de fecha 1 de diciembre de 2015, Roj: SAP L 908/2015.

⁵⁹ Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal establece en su párrafo XII. PÉREZ ALONSO, E. *Derecho Penal, Parte especial. Un estudio a través de casos resueltos*. Tomo I. *Delitos contra las personas*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 263.

⁶⁰ BEDMAR CARRILLO, E. «El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos», en *La Ley Penal*, nº 94-95. 2012, p. 90 y ss.

⁶¹ Sobre este inconveniente, GARCÍA ARÁN, M. «Esclavitud y tráfico de seres humanos», en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. GURDIEL SIERRA, M. y CORTÉS BECHIARELLI, E. (Coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, *op. cit.*, p. 377.

⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Masacres de río Negro vs. Guatemala, sentencia de fecha 4 de septiembre de 2012, párrafo 137.

⁶³ Directiva 2011/36/UE, Considerando 1. La Decisión Marco 2002/629/JAI relativa a la lucha contra la trata de seres humanos se refiere a esta cuestión en su considerando 3 En ese sentido, FERNÁNDEZ OLALLA, P. «El delito de trata en el derecho español reciente», en GARCÍA VÁZQUEZ, S y FERNÁNDEZ OLALLA, P. *Trata de seres humanos*, *op. cit.*, p. 115.

⁶⁴ Como señala, GALLAGHER, A. T. «Human rights and the New U.N Protocols on Trafficking and migrant smuggling: A preliminary analysis», *23 Human Rights, Q.* 975,983. 2001, p. 985, se discutió sobre si «el delito de trata podía configurarse independientemente del consentimiento».

La regulación del consentimiento en el delito de trata se realiza en el párrafo tercero del artículo 177 bis, que versa: «*El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo*».

La justificación de esta previsión podemos encontrarla en el cumplimiento de los prescripciones internacionales establecidas por el artículo 3 párrafo b) del Protocolo de Palermo⁶⁵, artículo 1 párrafo 2 de la derogada Decisión Marco 2002/269/JAI, 3 párrafo b) del Convenio de Varsovia y artículo 2 párrafo 4 de la Directiva 2011/36/CE⁶⁶.

En ese sentido, el consentimiento prestado para la realización de la actividad es un concepto normativo⁶⁷ que debe interpretarse de conformidad con el concepto de consentimiento legalmente válido.

La dificultad que plantea el consentimiento de la víctima de trata se produce, sobre todo, cuando éste tiene lugar en situaciones de necesidad o vulnerabilidad.

La mención al consentimiento pretende coadyuvar a trazar la diferencia entre el delito de trata y aquellos en que se traduce la explotación de la víctima. Es decir, una persona puede aceptar libremente realizar actividades integradas en la explotación sexual o laboral pero ser violentada, intimidada, engañada, o abusada en cuanto a los presupuestos que determinan su desplazamiento⁶⁸.

⁶⁵ GALLAGHER, A. T. *The International Law of Human Trafficking*, op. cit., pp. 27, 28. POULIN, R. «Les enjeux du Protocole contre la traite des personnes de la Convention des Nations Unies contre la Criminalité Transnationale Organisée», en *Revue Tiers-Monde*, nº 199, 2008, p. 94 y, p. 97. UNODC. *Legislative Guides for the Implementation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*. Document Nº E.05.V.2. 2004, p. 270.

⁶⁶ CUERDA ARNAU, M.L. «Torturas y otros delitos contra la integridad moral. Trata de Seres Humanos», en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.) *Derecho Penal, Parte Especial*. Tirant lo Blanch, Valencia. 2015, p. 196. La autora considera que de conformidad con el ordenamiento jurídico español se trata de «una previsión superflua», criterio que no compartimos.

⁶⁷ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. «Trata de seres humanos y explotación laboral», en ALCACER GUIRAO, R. MARTÍN LORENZO, M. y VALLE MARISCAL DE GANTE, M. (Coord.), *La trata de seres humanos: persecución penal y protección de las víctimas*, Edisofer, Madrid, 2015, p. 79.

⁶⁸ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular 5/2011. *Sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración*, p. 1568. En el mismo sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Gran Canaria de fecha 25 de septiembre de 2015, Roj: 2145/2015; y Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 15 de septiembre de 2014, Roj: SAP B 11117/2014.

Establece el tipo que el consentimiento, en esos casos, será irrelevante⁶⁹, aunque, ciertamente, más que irrelevante será ineficaz⁷⁰.

De conformidad con una interpretación sistemática, no existirá la posibilidad de que tras el empleo de los medios enunciados por el artículo 177 *bis* el consentimiento pueda prestarse libre y voluntariamente⁷¹. En esa dirección, constatada la tipicidad de la conducta, se descartaría cualquier eventual incidencia del consentimiento⁷².

El fundamento de la inhabilidad del consentimiento es idéntico al aplicado en otros delitos como por ejemplo el delito de abusos sexuales⁷³. La falta de consentimiento puede hacer que un acto inocuo y en principio lícito, como podría ser el rasuramiento del cabello, se convierta en un atentado contra la integridad moral y, por ende, contra la dignidad⁷⁴.

El verdadero consentimiento sólo es legalmente reconocible cuando éste se presta libre y voluntariamente porque la persona es capaz, libre de consentir y se conocen, de manera inequívoca, todos los hechos relevantes

⁶⁹ SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A. *Derecho Penal. Parte Especial*. Dyckinson, Madrid, 2011, p. 212.

⁷⁰ POMARES CINTAS, E. El delito de explotación de seres humanos con finalidad de explotación laboral», *op. cit.*, p. 11. QUERALT JIMÉNEZ, J. *Derecho penal español: Parte Especial*, *op. cit.*, p. 186. TERRADILLOS BASOCO, J.M. «Capítulo 24. Trata de seres humanos», Álvarez García, F.J., y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, *op. cit.*, p. 210. VILLACAMPA ESTIARTE, C. *El delito de trata de seres humanos: Una incriminación dictada desde el derecho internacional*. *op. cit.*, p. 431.

⁷¹ DE LUCA, J.A. «Artículos 145 *bis* y 145 *ter*», en DE LANGHE, M. (supervisora) *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Tomo 6. Parte Especial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 446. ROSI, E. «Le misure internazionali per la lotta contro le forme di criminalità connesse al fenomeno migratorio» in *Riv. Giur. Circ. e trasp.* 2002, II, p. 178.

⁷² ZAFFARONI, E.R. *Derecho Penal. Parte General*. Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 502. En el mismo sentido, TAZZA, A. CARRERAS, E. R. *El delito de trata de personas*, LL 2008-C, 1053.

⁷³ ESCOBAR SARÁUZ, S. *El consentimiento (ir) relevante de los adolescentes en los delitos sexuales: estudio de casos*. Tesis (Maestría en Derecho Penal). Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Área de Derecho. Quito, 2016. Jurisprudencialmente, sirven de ejemplo: la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2007, Roj: STS 3648/2007 y Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de abril de 2006, Roj: STS 2619/2006 y Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de septiembre de 2005, Roj: STS 1304/2005.

⁷⁴ GARCÍA ARÁN, M. «Trata de personas y regulación de la prostitución», en PÉREZ ALONSO, E. (Dir.), *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 669.

referidos, en este caso, a los verbos que integran la conducta típica del delito de trata⁷⁵.

El propio artículo 177 bis en su párrafo segundo declara que: «Aun cuando no se haya recurrido a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación».

De este modo, el delito de trata establece una presunción *iure et de iure* de que los menores carecen de capacidad para consentir y que, por tanto, el consentimiento prestado por ellos será siempre ineficaz⁷⁶.

En cuanto al momento en que el consentimiento debe ser prestado, en muchos casos puede haber consentimiento inicial, seguido de una situación de coacción, abuso o explotación. De este modo, el consentimiento inicial quedará anulado cuando comience el engaño, la violencia, la intimidación o el abuso de una situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad, conforme al apartado b) del artículo 3 del Protocolo contra la trata de personas⁷⁷.

Ahora bien⁷⁸, el consentimiento al que se refiere este precepto no puede ser otro que el que autoriza la recluta, traslado y recepción, es decir la realización de los verbos típicos pues, en ningún caso, podrá referirse a la aceptación de la situación de dominio o explotación⁷⁹ ya que jurídicamente es inadmisibles que una persona pueda libremente consentir el propio sometimiento a trabajo forzoso, servidumbre o prácticas análogas a la esclavitud.

Para concluir, en cuanto a la prueba del empleo de los medios comisivos propios del delito de trata⁸⁰ habrá de considerarse que la imposición de la carga de la prueba a la víctima constituye una *probatio diabólica*.

⁷⁵ ROXIN, C. *Derecho Penal Parte General*. Civitas, Madrid, 1997, p. 545.

⁷⁶ LLORIA GARCÍA, P. «Lección XU. Trata de seres humanos», en BOIX REIG, J. *Derecho penal. Parte especial. Volumen I. La protección penal de los intereses jurídicos personales (adaptado a las reformas de 2010 del Código Penal)*. Iustel, Madrid, p. 304.

⁷⁷ En ese sentido y a propósito del consentimiento para el ejercicio de la prostitución se pronunció el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Reforma del Código Penal «Efectivamente, el consentimiento así viciado hay que referirlo a la propia explotación y no a la actividad sexual concreta. Una cosa es acceder al ejercicio de una actividad sexual y otra muy distinta es acceder a ser explotada».

⁷⁸ SÁNCHEZ COVISA, J. «El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis», en *Cuadernos de la Guardia Civil* nº 52, 2016, p. 44.

⁷⁹ HEÑRICH, H. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Comares, Granada, 1993, p. 337 y 338.

⁸⁰ OFICINA DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. UNDOC. *Travaux préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Con-*

2.3. Sujetos (activo y pasivo)

2.3.1. Sujeto Activo

El delito de trata se configura como un delito común⁸¹. Por tanto, sujeto activo del tipo básico del delito de trata de seres humanos podrá serlo cualquiera. No obstante, habrá que estar a lo prescrito por los subtipos agravados, cualificados por la condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público del que actúa o por pertenecer u ostentar mando en una organización⁸².

En ese sentido, la utilización de la expresión *el que* elimina cualquier género de dudas sobre la necesidad de participación de una banda organizada para poder imputarse la comisión del hecho delictivo⁸³. En ese sentido, el propio artículo 177 *bis* en su ordinal 6 tipifica como subtipo cualificado la realización de tales actividades cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a trata de seres humanos.

En todo caso, los miembros de una red se considerarán autores y no cómplices⁸⁴, ya que no es necesario que todos los sujetos intervinientes estén coordinados en relación a la siguiente o previa etapa en la realización de la trata de personas, caracterizada por ser llevada a cabo, en la mayoría de las ocasiones, como una ejecución en cadena, siempre que se produzcan los requisitos exigidos en el tipo⁸⁵.

vención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos. Nueva York, 2008, p. 362.

⁸¹ Como consecuencia de la regulación internacional se configura así en la práctica totalidad de los países. PIERANGELI, J. H. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte especial – arts. 121 a 361*. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2007, p. 523.

⁸² SANTANA VEGA, D.M. «El nuevo delito de Trata de Seres Humanos», *op. cit.*, p. 81.

⁸³ DAUNIS RODRÍGUEZ, A. *El delito de trata de seres humanos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 88. Según, la Resolución del Consejo Económico y Social nº 28/1998, aprobada el 28 de julio, en su 44ª sesión plenaria las agrupaciones organizadas de delinquentes, traficantes individuales, empleadores y sus clientes que colaboran, a menudo, en el sometimiento de las mujeres a diversas formas de servidumbre por deudas, explotación laboral o sexual, constituyen el elenco de sujetos que deben ser perseguidos.

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de Julio de 2002, Roj: STS 5382/2002.

⁸⁵ EUROPOL. *Trafficking in Human Beings in the European Union*. La Haya, 2011, p. 6. Los grupos que se dedican a la trata no suelen corresponderse con grupos jerárquicamente estructurados, sino con redes organizadas en pequeños grupos, que operan de manera independiente y asumen distintos roles como, por ejemplo, los que proporcionan los documentos falsos o falsificados; los que se encargan de sobornar a autoridades, o los propietarios de inmuebles donde se explota a las víctimas, entre otros.

2.3.2. Sujeto Pasivo

En relación con el sujeto pasivo del delito de trata, la rúbrica del Título VII bis hace mención a los *seres humanos*⁸⁶ y por su parte la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010 expresa: «*resulta fundamental resaltar que no estamos ante un delito que pueda ser cometido exclusivamente contra personas extranjeras, sino que abarcará todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada*».

El tipo penal especifica la posibilidad de que la víctima⁸⁷ sea «*nacional o extranjera*⁸⁸».

El Consejo de Estado se ha pronunciado subrayando que, en todo caso, sería más adecuado que se hiciera referencia a la situación regular o irregular de la víctima en coherencia con la obligación establecida por la Directiva 2011/36/UE de proteger a las víctimas⁸⁹.

No podemos compartir el criterio del Consejo de Estado, si todas las víctimas, de conformidad con la Directiva 2011/36/UE, deben ser protegidas sin excepción, no existe autorización para que el Legislador establezca distinciones para la misma.

⁸⁶ COBOS GÓMEZ DE LINARES M. A. «Trata de seres humanos: Art. 177 bis CP», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, op. cit., p. 620 y 621.

⁸⁷ En nuestro ordenamiento jurídico el Estatuto de la víctima del delito, Ley 4/2015, de 27 de abril, en su artículo 2 refiere su ámbito subjetivo y el concepto general de víctima.

⁸⁸ DE LEÓN VILLALBA, F.J. «Propuesta de reforma frente a la trata de seres humanos», VI Jornadas de Derecho Penal en Homenaje a José María Lidón: el anteproyecto de modificación del Código Penal en *Cuadernos penales José María Lidón* nº 6, 2008, p. 25. El autor se plantea la posibilidad de extender la aplicación del delito a los supuestos en los que el sujeto ya se dedicaba a la prostitución pues «*debería darse por válida tal posibilidad dadas las condiciones de abuso o engaño a las que se suele someter a estas personas en orden a conseguir el traslado y se encuentran con una situación que para nada tiene que ver con la pactada inicialmente, con jornadas mucho más largas, aceptación de realización de conductas mediante palizas o maltratos físicos y psíquicos que no habrían realizado de otra forma, así como la prestación de salarios muy por debajo de lo pactado*».

No podemos compartir el criterio sostenido por De León Villalba pues para la aplicación del tipo de trata de seres humanos a supuestos en los que la víctima ya se dedicaba a la prostitución tendremos que estar, por un lado, a las reglas de aplicación de la ley en el tiempo y, por otro, a las normas sobre prescripción de delitos. Siempre que, en ambos supuestos, concurren los requisitos del delito de trata. Fuera de tales supuestos no cabrá la aplicación del artículo 177 bis.

⁸⁹ CONSEJO DE ESTADO. *Dictamen Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Documento nº 358/2013. Artículo 177 bis.

El propio artículo 177 bis deja claro que este delito plantea un problema de violación de los derechos fundamentales más básicos de las víctimas y, por ello, no podrá supeditarse a su nacionalidad⁹⁰. Así, el delito de trata, será de aplicación con independencia de la nacionalidad y de la regularidad o irregularidad administrativa de la víctima⁹¹.

Pérez Alonso⁹² considera que esta mención desvela la verdadera voluntad del Legislador que se sirve del delito de trata como: «un escudo protector de las fronteras españolas y no como un baluarte para la tutela de las víctimas de este delito».

Por todo lo expuesto, valoramos como innecesaria⁹³ la mención al origen de la víctima, ya que no es exigida por los Instrumentos Internacio-

⁹⁰ FERNÁNDEZ OLALLA, P. «La trata de personas con fines de explotación sexual: perspectiva del Ministerio Fiscal en la represión del delito de trata», en LARA AGUADO, A. *Nuevos enfoques en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual. Un enfoque interdisciplinar*, op. cit., pp. 419-420. Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de septiembre de 2015, Roj: STS 5608/2005: «Por otro lado, resulta fundamental resaltar que no estamos ante un delito que pueda ser cometido exclusivamente contra personas extranjeras, sino que abarcará todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada...». En el mismo sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 15 de septiembre de 2014, Roj: SAP B 11117/2014: «Uno de sus mayores aciertos ha consistido en incluir dentro de su paraguas normativo u órbita de protección, no solo a los extranjeros, sino también a los españoles, los extranjeros comunitarios y a los extranjeros que cuentan con una autorización para residir en España».

⁹¹ En cuanto a la nacionalidad de las víctimas, SANTANA VEGA, D.M. «Artículo 177 bis del delito de trata de seres humanos», en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (Dir.), *Comentarios al Código Penal: Reforma 1/2015 y 2/2015*. op. cit., p. 654. Afirma que: «desde un punto de vista estadístico, son escasos los supuestos en las personas de nacionalidad española —o incluso comunitaria— que son víctimas de este delito, pese a su situación de necesidad. Esto es así debido no sólo a su acceso a las prestaciones de la Sanidad pública y Seguridad Social, sino también por su posibilidad de activar los mecanismos de inspección laboral o de representación sindical y, en general, por el conocimiento u más fácil acceso al resto de los diversos recursos sociales y jurídicos».

⁹² PÉREZ ALONSO, E.J. «El delito de trata de seres humanos: regulación internacional, europea y española», en LARA AGUADO, A. (Dir.), *Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual: un enfoque multidisciplinar*, op. cit., p. 378. PÉREZ ALONSO, E. J. «La trata de seres humanos en el derecho penal español», en VILLACAMPA ESTIARTE, C. *La delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual*. op. cit., p. 104.

⁹³ CONSEJO DE ESTADO. Dictamen Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Documento nº 358/2013. Artículo 177 bis. Por su parte, la jurisprudencia tal y como señala la Sen-

nales. En ese sentido, hacemos una propuesta *de lege ferenda* encaminada a la supresión de esta mención.

En cuanto al concepto de extranjero habremos de acudir a la Ley 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que construye éste concepto en contraposición al de nacional⁹⁴.

En el caso de que el delito suponga la existencia de múltiples víctimas, deberán sancionarse tantos delitos como víctimas, con arreglo a las normas que regulan el concurso real⁹⁵. Esta opción es la considerada más adecuada, pues no podemos prescindir de que mediante el delito que nos ocupa se procura proteger un bien jurídico de naturaleza personalísima y, por ello, se cometerán tantos delitos de trata como víctimas

tencia de la Audiencia Provincial de Girona de fecha 15 de octubre de 1998, Roj: SAP GI 1456/1998: «El Código penal no puede cosificar al extranjero, tratándolo como un mero objeto de los flujos migratorios. El derecho está al servicio de las personas y con la protección de las condiciones para que puedan ejercer los derechos, se le está protegiendo para que, como persona pueda ejercer los derechos que le reconoce el ordenamiento jurídico». Doctrinalmente, PÉREZ ALONSO, E. J. «La trata de seres humanos en el derecho penal español», en VILLACAMPA ESTIARTE, C. *La delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual. op. cit.*, p. 103. POMARES CINTAS, E. «El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral», *op. cit.*, p. 7. VILLACAMPA ESTIARTE, C. «Título VII bis de la trata de seres humanos», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, *op. cit.*, p. 1115.

⁹⁴ Artículo 1 párrafo 1: «Se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española». No obstante, no serán extranjeros los ciudadanos nacionales de un país miembro de la Unión. En ese sentido, EUROPOL. *Panorama de Europol: Informe general sobre las actividades de Europol*. La Haya, 2011, p. 35: «Aunque muchas víctimas siguen siendo trasladadas entre fronteras, ya sea legítimamente o de otro modo, los niveles de trata interna o en el ámbito nacional han aumentado, y se incluye en este apartado a los ciudadanos de la UE objeto de trata en el seno de la Unión».

⁹⁵ TRIBUNAL SUPREMO. Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2016, *sobre la sanción del delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis del Código Penal*. Doctrinalmente y con carácter previo defendía esta postura MAYORDOMO RODRIGO, V. «Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas»; *op. cit.*, p. 374. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte especial, op. cit.*, p. 208. Por su parte, Muñoz Conde consideraba que existiría un solo delito aunque la trata recayese sobre varias personas, en la medida en que la conducta se refiera globalmente a varias personas al mismo tiempo y se realice con la misma unidad de propósito y manifestación de una única operación.

hayan sido tratadas, y ello aunque todas ellas lo hubieran sido en una acción conjunta⁹⁶.

Para concluir, en relación con la condición de víctima la jurisprudencia⁹⁷ ha aceptado que si una víctima niega su condición pero existen pruebas de cargo suficientes en el juicio oral, será posible la condena por el delito que se impute. Circunstancia que cobra especial virtualidad en un delito como el que nos ocupa en el que la renuncia o el perdón de la víctima no exime de responsabilidad penal.

A) ESPECIAL REFERENCIA A LAS VÍCTIMAS DE TRATA MENORES DE EDAD

A.1. Determinación de la minoría de edad. Problemas de error de tipo

Por menor de edad debemos entender, de conformidad con el artículo 12 de nuestra Carta Magna, el artículo 315 del Código Civil y artículo 2 párrafo 6 de la Directiva 2011/36/UE, cualquier persona menor de dieciocho años.

Sin embargo, la edad no siempre es ni evidente ni certera. Dicha determinación condiciona la posibilidad de detección e identificación de la víctima trata⁹⁸ como menor de edad y, por tanto, la aplicación del tipo establecido en el artículo 177 *bis* así como los medios comisivos del tipo básico, el subtipo cualificado e incluso podría determinar la existencia de error de tipo en el sujeto activo del delito.

⁹⁶ En ese sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de marzo de 2017, Roj: STS 1045/2017: «Además que la consideración exclusivamente personal de la dignidad como bien jurídico protegido por la norma, no toleraría fácilmente sancionar como un solo delito conductas tan reprochables como, por ejemplo, un transporte de un alto número de menores con finalidad de ser dedicadas a la trata de seres humanos». Con anterioridad se había pronunciado en ese sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de fecha 15 de septiembre de 2014, Roj: SAP B 11117/2014.

⁹⁷ Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 31 de julio de 2019. Roj: SAN 3318/2019.

⁹⁸ PÉREZ GONZÁLEZ, C. y GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. «La protección de los menores de edad víctimas de trata de seres humanos: derecho internacional, europeo y español», en ALCÁCER GUIRAO, R MARTÍN LORENZO, M. y VALLE MARISCAL DE GANTE, M. (Coords.) en *La trata de seres humanos: persecución penal y protección de las víctimas*, op. cit., p. 247. La línea estratégica 15º de la Resolución del Parlamento Europeo sobre la situación de los menores no acompañados en la UE. Documento: 2012/2263(INI): «*Deplora el carácter inadaptado, e intrusivo de las técnicas médicas que se utilizan para determinar la edad en ciertos Estados miembros, pues pueden resultar traumatizantes, y la naturaleza controvertida y los grandes márgenes de error de algunos de esos métodos basados en la madurez de los huesos o la mineralización dental*».

En nuestro país, el principal escollo se encuentra en relación con los menores, mayoritariamente de origen subsahariano, que salvo excepciones serán sometidos a las pruebas de determinación de la edad⁹⁹.

En relación con la edad¹⁰⁰, no podemos obviar la relevancia penal que tiene la determinación de la misma en este delito¹⁰¹. Así, dicha determinación condiciona la aplicación de los medios comisivos del tipo básico, el subtipo cualificado y puede determinar la existencia de error de tipo en el sujeto activo del delito.

No existe ninguna norma internacional que se ocupe de determinación quien debe ser considerado menor, siendo una cuestión interna de cada país. Nuestro Código Civil, artículo 9 párrafo 1 del Código Civil, prescribe: «*La ley personal correspondiente a las personas físicas es la*

⁹⁹ El menor respecto del que se constate su minoría de edad, que sea detectado dentro del territorio español y que no pueda demostrar o que no sea identificado como víctima de trata quedará bajo el amparo del Sistema de Protección del menor, recibiendo la protección general que reciben los menores desamparados pero no la protección especialísima que necesitaría un menor víctima del delito de trata de seres humanos.

¹⁰⁰ Con carácter previo a la determinación de la edad del joven presuntamente menor, se le debe asignar un tutor ya que, como presunto menor, tiene derecho a la presencia de un adulto que asuma la responsabilidad de garantizar que se proteja el interés superior del menor. En ese sentido, Artículos 14 párrafo 2 y 16 párrafo 3 de la Directiva 2011/36/UE

Artículo 6 y 13 del Reglamento «Bruselas II» por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2201/2003.

Artículo 5 del Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS, ACNUR, UNICEF, UNODOC, UN WOMWN, ILO. *Prevenir, Combatir y Proteger la trata de seres humanos. Comentario conjunto de las Naciones Unidas a la Directiva de la Unión Europea. Un enfoque basado en los derechos humanos. Prevenir, Combatir y Proteger la trata de seres humanos*. 2011, p. 78. ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Resolución 64/142, Directrices sobre las modalidades alternativas al cuidado de los niños, 24 de febrero de 2010. Documento nº A/RES/64/142, párrafo 19: *Ningún niño debe quedar privado en ningún momento del apoyo y protección de un tutor legal u otro adulto reconocido responsable o de una entidad pública competente*».

¹⁰¹ El DEFENSOR DEL PUEBLO, en la Actualización del Informe *La trata de seres humanos: víctimas invisibles*. Madrid, 2013, señala: «*La determinación de la edad ha de ser analizada de manera especial cuando la persona presenta indicios de ser víctima de trata, de conformidad con lo recogido en el artículo 10.3 del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, que establece que cuando no exista seguridad sobre la edad de la víctima y existan razones para creer que se trata de un menor, tendrá la consideración de tal y se le concederán medidas de protección específicas a la espera de que se pueda comprobar su edad*».

determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte».

La Directiva 2011/36/UE, en su artículo 13 párrafo 2 establece que: «en caso de incertidumbre sobre la edad de la persona víctima de trata, se debe presumir que se trata de un menor a fin de que pueda inmediatamente recibir asistencia, apoyo y protección de conformidad con los artículos 14 y 15¹⁰²». En idéntico sentido se pronuncia el artículo 10 párrafo 3 del Convenio del Consejo de Europa sobre Trata.

Por su parte, el artículo 146 párrafo 1 del Reglamento de Extranjería¹⁰³, referido a los extranjeros menores de edad víctimas de trata de seres humanos contraviene lo dispuesto tanto por la Directiva como por el Convenio del Consejo de Europa pues condiciona la protección a la efectiva determinación de la minoría de edad y desdeña la presunción de minoría de edad en el período de tiempo durante el cual no se haya determinado la misma¹⁰⁴.

En cuanto a la determinación de la edad de la víctima de trata, en nuestro ordenamiento jurídico hemos de diferenciar tres supuestos:

El primero, aparece regulado en el artículo 190 del Reglamento de Extranjería y se refiere al supuesto en que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado localicen a un extranjero no acompañado, cuya minoría de edad sea indubitada por razón de la documentación o de su apariencia física.

El segundo, contempla el caso en que la minoría de edad no pueda ser determinada de manera certera por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. En este supuesto y de conformidad con el artículo 190 del Reglamento de Extranjería, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado lo pondrán en conocimiento del Ministerio Fiscal, que dispondrá, en el plazo más breve posible, la determinación de la edad, para lo que

¹⁰² OFICINA DE NACIONES UNIDAS PARA LA DROGA Y EL DELITO. UNDOC. *Guía legislativa para la aplicación del Protocolo de Naciones Unidas contra la Trata*. Nueva York, 2004, párrafo 65. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. *Identification and Protection Schemes for victims of Trafficking persons in Europe: Tools and best practices*. Ginebra, 2005, p. 30.

¹⁰³ Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

¹⁰⁴ «En caso de que fuera determinada la minoría de edad de la víctima de trata de seres humanos, las actuaciones que deban realizarse en virtud de lo dispuesto en este capítulo velarán en todo momento por la preservación del interés superior del menor».

deberán colaborar las instituciones sanitarias oportunas que con carácter prioritario y urgente realizarán las pruebas necesarias.

El tercero, introducido por la Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁰⁵, otorga al Ministerio Fiscal la competencia para la realización de un juicio de proporcionalidad sobre la fiabilidad o no de un pasaporte, que determine la minoría de edad de un menor extranjero. En caso de ser negativo, se realizarán pruebas médicas para la determinación de la edad.

El precepto referenciado plantea varias cuestiones de gran relevancia en el contexto que nos ocupa. Por un lado, no podemos compartir que la determinación de la validez de un pasaporte se realice mediante el juicio de proporcionalidad de un funcionario del Ministerio fiscal. Así, conforme a los procedimientos legalmente establecidos, si se presenta un documento expedido por autoridades de otro país, la única forma de cuestionar su contenido será el ejercicio de una acción de impugnación por falsedad para que sea el juez, con las garantías constitucionalmente establecidas, quien decida si es o no falso¹⁰⁶.

Entendemos que lo contrario atenta contra el principio de seguridad jurídica de un lado y, de otro, podría amparar un juicio de arbitrariedad pues la ley no establece ningún parámetro que haya de guiar el juicio de proporcionalidad que corresponderá al Ministerio Fiscal¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, artículo 12 párrafo 4. A propósito de esta cuestión, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 1 de diciembre de 2016, Roj: 2213/2014: «*El inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto, procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad. En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad.*»

¹⁰⁶ LAFONT, L. «*Menores extranjeros: documento oficial extranjero contra pruebas médicas en la doctrina administrativa y judicial contencioso-administrativa española*», en *Revista Vasca de Administración Pública IVAP* n° 89, 2011, p. 34. Diferencia entre impugnar un documento porque es falso y cuestionar un dato de un documento porque es erróneo; y tal como afirma el autor, éste es el supuesto que se da en la práctica.

¹⁰⁷ PARLAMENTO EUROPEO. Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2016, sobre la lucha contra el tráfico de seres humanos en las relaciones exteriores de la UE. *La lucha contra la trata de seres humanos en las relaciones exteriores de la UE.*

Por otro, parece difícil articular el principio de celeridad en la realización de las pruebas médicas y la defensa del superior interés del menor¹⁰⁸. Interés que no pasa, según la ley de Protección Jurídica del Menor, por el principio de celeridad, sino por la protección del derecho a supervivencia y desarrollo del menor así como por la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas¹⁰⁹.

En ese sentido, el Tribunal Supremo ya había sentado doctrina jurisprudencial,¹¹⁰ en la que se establecía que si el extranjero tenía un pasaporte o partida de nacimiento que acreditaba su minoría de edad, no podría ser considerado indocumentado ni sometido a esas pruebas médicas, que, en ningún caso, podrían hacerse de forma indiscriminada, como estaba sucediendo a la luz de los recursos que iba analizando.

Documento: 2015/2340(INI). Diferentes formas de explotación, párrafo 34: «*Considera que, en lo que se refiere a los menores no acompañados, es esencial mejorar y conferir un carácter más preventivo a la identificación de los menores víctimas de la trata, especialmente en los pasos fronterizos y los centros de acogida, así como intensificar la cooperación multidisciplinar de forma que se garantice la protección efectiva del interés superior de los menores; considera necesario reforzar los sistemas de tutela en los Estados miembros para evitar que los menores no acompañados y separados de sus familias caigan en manos de organizaciones dedicadas a la trata de seres humanos*».

¹⁰⁸ El interés superior del menor es definido por el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil tras la última reforma operada en fecha 23 de julio de 2015, que establece: «1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor». ARRIOLA HERNÁNDEZ, M. y VIDAL LIY, J.I. en CLARO QUINTANS, I y LAZARO GONZÁLEZ, I. *Infancia y protección internacional en Europa: niños y niñas refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria*, op. cit., p. 178.

¹⁰⁹ Lo cual es plenamente coherente con lo dispuesto en el artículo 146 párrafo 1 del Reglamento de Extranjería, donde, una vez determinada la minoría de edad, se prima el superior interés del menor. «*En caso de que fuera determinada la minoría de edad de la víctima de trata de seres humanos, las actuaciones que deban realizarse en virtud de lo dispuesto en este capítulo velarán en todo momento por la preservación del interés superior del menor*» y con la necesidad de mantener los vínculos materno filiales entre las madres víctimas de trata y sus hijos menores.

¹¹⁰ A partir de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Supremo de fecha 23 de septiembre de 2014, Roj: STS 3601/2014.

Para concluir, nos encontramos ante una defectuosa tutela del sistema de protección de menores en los supuestos de trata de seres humanos¹¹¹. Así es frecuente que un menor de edad declare su mayoría de edad porque les permite sustraerse de la protección de menores y ser disponibles para la red.

El Defensor del Pueblo¹¹² ha denunciado que la situación de vulnerabilidad en que encuentran los menores es agravada debido a la ausencia de protocolos de activación de la actuación de las entidades públicas de protección de menores ante situaciones de riesgo para los mismos¹¹³. Esa es una de las razones por las que las autoridades españolas se muestran muy a menudo incapaces de detectar¹¹⁴ que los menores o son víctimas de trata o se encuentran en una situación de riesgo merecedora de especial atención.

A.2. Medios comisivos y menores de edad

De acuerdo con el artículo 3 apartado c) del Protocolo de Palermo, el delito de trata se configura como un delito de medios determinados cuando se comete sobre personas mayores de dieciocho años y como delito resultativo si afecta a menores.

¹¹¹ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Vigo de fecha 16 de mayo de 2017, Roj: SAP PO 1019/2017 declara como hechos probados a propósito de un delito de trata de seres humanos: «La TP alegó su minoría de edad que fue rechazada en Expediente de determinación de edad por lo médicos forenses, pese a lo cual y tras realizar gestiones con la embajada de Nigeria, finalmente se recibió un certificado de nacimiento de su país natal que acreditaba su minoría de edad, dictándose Decreto en tal sentido. No consta que la acusada que residía en Madrid tuviera conocimiento de este hecho, dada la apariencia física de la citada TP».

¹¹² DEFENSOR DEL PUEBLO. Nota de prensa de fecha 31 de julio de 2017. En ella el Defensor del Pueblo (e.f.), Francisco Fernández Marugán, pide reforzar la protección de los niños y niñas víctimas de trata en el Día Mundial contra la Trata, establecido por Naciones Unidas.

¹¹³ En el mismo sentido se pronuncia, MINISTERIO DE SANIDAD, POLÍTICA SOCIAL E IGUALDAD. *III Plan de Acción contra la Explotación Sexual de la Infancia y la Adolescencia (2011-2015)*, Madrid, 2011. que establece que: «Es necesario elaborar y desarrollar un Protocolo para la identificación, derivación y atención a las víctimas de trata».

¹¹⁴ ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas, Comentario*. Nueva York y Ginebra, 2010. Directriz 1: «Los Estados tienen la obligación, con arreglo al Derecho Internacional, de actuar con la diligencia debida para prevenir la trata de personas, investigar y procesar a quienes la cometen y ayudar y proteger a las víctimas de ella».

Hemos de llamar la atención sobre varias cuestiones, por un lado, tanto el Protocolo de Palermo como la Directiva refieren al concepto de niño; pese a ello, nuestro Código Penal incluye en el tipo el concepto de menor. Lo que conduce a una aplicación confusa de la ley, pues todo niño será menor de edad pero, lógicamente no todo menor será un niño.

La justificación de la subsunción el delito de trata de seres humanos de determinados comportamientos, aun cuando no concurran los medios exigidos para ello, radica en la imposibilidad de tomar en consideración el consentimiento otorgado por los menores.

La jurisprudencia¹¹⁵ se ha pronunciado sobre los efectos del consentimiento prestado por menores, a propósito de otros delitos, y lo ha considerado inhábil. Los argumentos consagrados son aplicables, del mismo modo, al consentimiento prestado por menores víctimas del delito de trata.

En segundo lugar, el apartado 2 del artículo 177 *bis* refiere a «fines de explotación». El delito de trata, por su propia esencia, se ejecuta para la explotación, pero, atendiendo a un criterio de interpretación literal, la finalidad de explotación sólo se prevé por el artículo 177 *bis* a propósito de la explotación sexual.

Para terminar, cabría preguntarse qué solución se otorga a la cuestión referida al consentimiento de las personas con discapacidad. Díaz Morgado¹¹⁶, sostiene que si nos atenemos al carácter tuitivo del ordenamiento y en especial del orden penal, habremos de concluir que su consentimiento deberá recibir idéntico tratamiento que el consentimiento prestado por menores de edad. No podemos compartir esa afirmación pues el artículo 177 *bis* del Código Penal sólo se refiere a las personas con discapacidad a propósito del subtipo agravado.

En cuanto a la motivación que ha guiado al Legislador en la toma de esta decisión, la única que podrá esgrimirse es que habitualmente las normas europeas no aluden a los incapaces y reconducen esta situación a las personas especialmente vulnerables. Por tanto, el Legislador español en el proceso de armonización debería haber considerado esta peculiaridad y haber hecho referencia a los sujetos cuyas condiciones se contemplan en el artículo 25 del Código Penal.

¹¹⁵ Véase sobre este particular, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de marzo de 2013, Roj: STS 924/2013: «*la minoría de edad, en la que no hay posibilidad de prestar un consentimiento eficaz a la relación*».

¹¹⁶ DÍAZ MORGADO, C.V. *El delito de trata de seres humanos. Su aplicación a la luz del derecho internacional y comunitario*. Tesis presentada para optar al título de doctora. Barcelona, 2014, p. 252.

2.4. Conducta típica

El artículo 177 *bis* es el único precepto que integra el Título VII bis del Libro Segundo del Código Penal y constituye el medio por el que se incorpora al ordenamiento jurídico español el delito de trata de seres humanos tal y como ha sido definido por el Derecho Internacional vinculante para España¹¹⁷.

La génesis del precepto que nos ocupa se encuentra, como ya se ha referenciado, en el artículo 3 del Protocolo de Palermo¹¹⁸. Con posterioridad y siguiendo la estela trazada por éste, en la Unión Europea se aprobó la Directiva de 2011/36/CE, artículo 2 párrafo 1, que definió la conducta típica del mismo modo que la sustituida Decisión Marco de 2002.

Los elementos que se derivan de la definición convencional contenida en el Protocolo de Palermo así como de la Directiva 2011/36/UE han sido incorporados a nuestro ordenamiento a través del artículo 177 *bis* del Código Penal son¹¹⁹: 1) La acción consistente en la captar, transportar, trasladar, acoger, o recibir, incluido el intercambio o transferencia de con-

¹¹⁷ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular 5/2011. *Sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración*, p. 1561.

¹¹⁸ Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de abril de 2015, Roj: STS 1502/2015: «el art. 177 bis procede del art 3 del Protocolo de Palermo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en el que expresamente se dispone que para los fines del Protocolo por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas; recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos». En el mismo sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 15 de diciembre de 2014, Roj: SAP M 18166/2014. Doctrinalmente, DONNA, E. A. *Derecho Penal. Parte especial. Tomo II-A: segunda edición actualizada y Reestructurada*, *op. cit.*, p. 282.

¹¹⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de fecha 7 de julio de 2014, Roj: SAP CS 1429/2014. La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de diciembre de 2013, Roj: STS 5805/2013. Doctrinalmente, CILLERUELO, A. *Trata de personas para su explotación*. Ministerio Público Fiscal de la Nación Argentina. Buenos Aires, 2008, p. 1.

trol sobre esas personas. 2) El empleo de determinados medios violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima. 3) La finalidad de la explotación, que no es necesario que llegue a consumarse para que nos encontremos ante el delito de trata.

El artículo 177 *bis* ha estructurado el tipo básico del delito de trata de seres humanos sobre tres elementos que, necesariamente, deben concurrir para que el delito se produzca. Dos son de carácter objetivo, las conductas alternativas y los medios comisivos y otro subjetivo, la finalidad perseguida, la explotación en cualquiera de sus manifestaciones¹²⁰.

El núcleo básico de este delito se podría reducir¹²¹ a un *conjunto de acciones encaminadas a apartar o sustraer a la víctima de su entorno más inmediato de protección para desplazarla a otro extraño con la finalidad de explotarla de cualquier manera posible*¹²².

La trata de seres humanos es un proceso, no un delito aislado¹²³.

¹²⁰ En ese sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 9 de marzo de 2015, Roj: SAP M 6282/2015, y Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 15 de enero de 2016, Roj: SAP Z 103/2016.

¹²¹ SÁNCHEZ COVISA, J. «El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 *bis*», *op. cit.*, p. 37. En el mismo sentido, MARAVER GÓMEZ, M. «La trata de seres humanos», en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (Dir.), *Estudios sobre las Reformas del Código Penal, operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*. Civitas, Pamplona. 2011, p. 318. COOMARASWAMY, R. *Informe sobre la trata de mujeres, la migración de mujeres y la violencia contra la mujer*. 2000. Documento n° E/CN.4/2000/68, párrafo 17. Jurisprudencialmente, a Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de fecha 7 de julio de 2014, Roj: SAP CS 1429/2014, establece: «En suma, el art 177 bis CP recoge todo el proceso por el que se moviliza a una persona de un lugar a otro para su dominación y explotación, si bien no exige que el explotador sea el mismo tratante».

¹²² COOMARASWAMY, R. *Informe sobre la trata de mujeres, la migración de mujeres y la violencia contra la mujer*. 2000. Documento n° E/CN.4/2000/68, párrafo 15.

¹²³ OFICINA DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. UNDOC, *Manual para la lucha contra la Trata de personas*. Nueva York, 2009, p. 3. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de fecha 7 de julio de 2014, Roj: SAP CS 1429/2014, establece sobre esta cuestión: «En suma, el art 177 bis CP recoge todo el proceso por el que se moviliza a una persona de un lugar a otro para su dominación y explotación, si bien no exige que el explotador sea el mismo tratante».

2.4.1. Verbos típicos

Debemos comenzar afirmando que resulta difícil definir con carácter absoluto el significado de los verbos típicos utilizados por el Legislador. Así, el significado de los distintos verbos dependerá del medio comisivo empleado en cada caso y, eventualmente, de su interconexión¹²⁴.

La abundancia en la enumeración de verbos da cobertura a todas las formas de participación que puedan imaginarse, convirtiéndolas en actos de autoría directa¹²⁵. De este modo, se adopta un concepto unitario de autor, en virtud del cual los actos de colaboración se subsumirán en a la categoría de autoría¹²⁶.

La circunstancia de que no se establezca ninguna vinculación entre los verbos típicos y el verbo tratar no constituye un obstáculo a la interpretación del precepto¹²⁷.

No obstante, parte de la doctrina¹²⁸ considera que, habida cuenta de la elevada penalidad señalada para este delito, habría de hacerse una interpretación restrictiva del precepto. Vinculando la interpretación de toda acción típica con el tráfico, de forma que todas las modalidades comisivas, si no son formas de tráfico, no tengan relevancia penal conforme al artículo 177 bis¹²⁹. En ese sentido, ya el Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008¹³⁰

¹²⁴ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular 5/2011 sobre «Criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración», p. 1562. No obstante, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de mayo de 2016, Roj: STS 2287/2016, establece que: «Los verbos rectores del tipo responden a su significado gramatical».

¹²⁵ DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 703.

¹²⁶ BOIX REIG, J. *Derecho Penal, parte especial*. Volumen I. Iustel, Madrid, 2010, p. 178.

¹²⁷ En ese sentido, disentimos de lo sostenido por TERRADILLOS BASOCO, J.M. «Capítulo 24. Trata de seres humanos», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 209.

¹²⁸ REQUEJO NAVEROS, M.T. «El delito de trata de seres humanos en el Código Penal español: Aciertos y desaciertos y proyectos de reforma», en VALLE MARISCAL DE GANTE, M y BUSTOS RUBIO, M. (Coord.), *Libro de Actas de XIV Jornadas de profesores y estudiantes de derecho penal de las universidades de Madrid*. Universidad Complutense de Madrid, 2014, p. 71.

¹²⁹ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Informe Anteproyecto de Reforma del Código Penal*. Madrid, 2009, p. 94.

¹³⁰ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Informe Anteproyecto de Reforma del Código Penal*. Madrid, 2009, p. 96.

expresamente recomendaba: «parece necesario que el tipo penal refuerce la vinculación dolosa de todas las conductas con el tráfico de personas, de tal forma que el peso central de la conducta típica no recaiga en las acciones de captar, alojar, recibir o acoger, sino, precisamente en la de traficar con personas. La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o alojamiento a los que se refiere el Anteproyecto de 2008 deben ser descritas como formas concretas de traficar con personas».

Para concluir, advertir que conforme a la configuración del tipo penal para la consumación no es necesario que estén presentes todos los verbos que configuran el mismo y será suficiente con que se realice, al menos, uno de ellos¹³¹. Es decir, se trata de un tipo mixto alternativo¹³².

Ahora bien, es preciso, de modo inexcusable, que junto con el verbo rector concorra el elemento subjetivo, esto es, el dolo y el elemento subjetivo específico integrado por la finalidad de explotación.

A) CAPTAR

No se trata de una acción definida legalmente, por ello su sentido técnico coincidirá con el general recogido en las acepciones cuarta y quinta de la voz captar en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua¹³³: «4. tr. Atraer a alguien, ganar la voluntad o el afecto de alguien. 5. tr. Atraer, conseguir, lograr benevolencia, estimación, atención, antipatía, etc...».

Pese a la aparente sencillez del verbo, existen dos posturas doctrinales sobre su interpretación. De un lado, se entiende que la captación debe quedar orientada a la sustracción de la víctima de su contexto vital. En este sentido se pronuncia la Fiscalía General del Estado¹³⁴ cuando sostiene que la captación debe dirigirse a la sustracción de la víctima de su contexto más cercano para ser tratada¹³⁵.

¹³¹ UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO. *Aspectos Jurídicos del delito de trata de personas en Colombia*. Bogotá: Colombia. Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga, y el Delito y Colombia. Ministerio del Interior, 2009, p. 47.

¹³² MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*. Reppertor, Buenos Aires, 2002, p. 34.

¹³³ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA. Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Vigésimo tercera edición año 2002. Disponible en línea: <http://www.rae.es/obras-academicas/diccionarios/diccionario-de-la-lengua-espanola>.

¹³⁴ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular 5/2011 sobre «Criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración», p. 1562. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 15 de septiembre de 2014, Roj: SAP B 11117/2014.

¹³⁵ SÁNCHEZ COVISA, J. «El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis», *op. cit.*, p. 40. El autor, Fiscal de Sala de Extranjería del Tribunal Supremo,

Así, la captación, como acción característica de los primeros actos del proceso de trata de personas, debe ser entendida como, atrapar, traer, conseguir, etc., la voluntad de otro, es decir, manifestaciones que inciden en la voluntad de la víctima¹³⁶.

Por otro lado, otro sector doctrinal¹³⁷ considera que por captar se entenderá cualquier conducta realizada por medios materiales o intelectuales que determinen a la víctima las finalidades típicas enunciadas.

Aunando ambas perspectivas¹³⁸ entenderemos que captar significa el atraer hacia sí algo o alguien, lograr el convencimiento para participar en una actividad determinada. Sin duda, se trata de una acción que aparece íntimamente vinculada con cualquiera de las formas que pueda revestir el engaño. Así, supondrá conquistar con medios engañosos la voluntad de quien será explotado.

Este sentido es el que ha otorgado al verbo *captar* Naciones Unidas¹³⁹, así centra el contenido del verbo en la atracción de la víctima: «*Presupone*

afirma: «*Captar hace referencia al modo por el que se incorpora a la víctima en el proceso de dominación en que la trata consiste que según el medio utilizado comprende desde la recluya engañosa hasta el mismo secuestro*». BENÍTEZ PÉREZ-FAJARDO, F. «La trata de seres humanos». Jornadas XXXII de la Abogacía General del Estado sobre el Nuevo Código Penal celebradas en Madrid, los días 17 y 18 de noviembre de 2010, p. 4. Disponible en línea: www.mjusticia.gob.es. En el mismo sentido RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I. «Trata de Personas», en ORTIZ DE URBINA, I (Coord.), *Memento Experto, op. cit.*, Marginal 1024, p. 74. Este autor declara: «*La captación puede producirse en el país de origen con la pretensión de sustraerla bajo una apariencia desinteresada de su estado de marginación o pobreza, generando así una dependencia de la que surge el influjo (...)*».

¹³⁶ HAIRABEDIÁN, M. *Tráfico de personas. La trata de personas y los delitos migratorios en el derecho argentino e internacional*. Ad-Hoc, Buenos Aires. 2009, p. 22. Sentencia de la Audiencia Provincial de Gran Canaria de fecha 25 de septiembre de 2015, Roj: 2145/2015: «*Por captación se entiende la sustracción de la víctima de su entorno más inmediato para ser tratada, es decir, para ser desplazada o movilizada*».

¹³⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de fecha 7 de julio de 2014, Roj: SAP CS 1429/2014: «*Por captar se entiende cualquier conducta realizada por medios materiales o intelectuales que orienten a la víctima hacia los fines típicos perseguidos por el sujeto activo*». En el mismo sentido, SANTANA VEGA, D.M. «El nuevo delito de Trata de Seres Humanos», *op. cit.*, p. 85.

¹³⁸ MACAGNO, M. E. «*Algunas consideraciones sobre los nuevos delitos de trata de personas con fines de explotación (artículos 145 bis y 145 ter CP)*», en *Suplemento LL* 26 de noviembre de 2008, p. 66 y 78. GIMÉNEZ-SALINAS, A. «*La trata de personas como mercado ilícito del crimen organizado, factores explicativos y características*», en *Cuadernos de la Guardia Civil* nº 52. 2016, p. 16

¹³⁹ OFICINA DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, UNDOC. *Manual sobre investigación del Delito de Trata. Guía de auto aprendizaje*. Nueva York, 2009, p. 9.

reclutamiento de la víctima, atraerla para controlar su voluntad para los fines de explotación.

La captación de la víctima suele producirse en los países de origen o en los países en los que las víctimas se hallen residiendo habitualmente¹⁴⁰.

En cuanto a los medios a través de los cuales puede efectuarse la captación de conformidad con el informe explicativo del Convenio de Varsovia, en el término captación puede entenderse incluida la realizada mediante cualquier instrumento, incluido el uso de nuevas tecnologías, especialmente de internet¹⁴¹.

Nos detendremos en la captación a través de este medio tecnológico, pues la práctica indica que existe cierta especificidad. Así, según Europol¹⁴² la tendencia de captar a las víctimas en línea se está consolidando.

En el caso que nos ocupa¹⁴³, especialmente en la fase de captación el traficante puede contactar con las víctimas desde cualquier lugar, realizar anuncios y evitar la detención por parte de las autoridades. De este modo se reducen gastos y aumentan los beneficios del grupo.

Es común la captación a través de ofertas de un puesto de trabajo existente o no, o la posibilidad de obtenerlo en condiciones que nunca serán cumplidas. Asimismo es habitual que la captación de víctimas extranjeras se produzca mediante la promesa de regularización administrativa en el país de destino, que tampoco se producirá¹⁴⁴.

¹⁴⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C. y TORRES ROSELL, N «Mujeres víctimas de trata en prisión en España», *op. cit.*, p. 450.

¹⁴¹ PARLAMENTO EUROPEO. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones Estrategia de la UE para la erradicación de la trata de seres humanos (2012-2016). Documento: * COM/2012/0286 final. Acción 3. PARLAMENTO EUROPEO. Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2016, sobre la lucha contra el tráfico de seres humanos en las relaciones exteriores de la UE. La lucha contra la trata de seres humanos en las relaciones exteriores de la UE. Documento n° 2015/2340(INI), párrafo K. COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Estrategia de la UE para la erradicación de la trata de seres humanos (2012-2016). Documento: COM (2012) 286 final. PARLAMENTO EUROPEO. Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de abril de 2017, sobre la gestión de los flujos de migrantes y refugiados: el papel de la acción exterior de la Unión. Documento: 2015/2342(INI), párrafo 43.

¹⁴² EUROPOL. *Trafficking in human beings and the internet*. La Haya, 2014 c, p. 2.

¹⁴³ REQUENA ESPADA, L. GIMÉNEZ-SALINAS, A. y JUAN ESPINOSA M. «Estudiar la trata de personas. Problemas metodológicos y propuestas para su resolución», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2012, n° 14-13, p. 5.

¹⁴⁴ ACCEM. *La Trata de Personas con Fines de Explotación Laboral Un estudio de aproximación a la realidad en España*. 2006, p. 79.

Cabrá admitir la existencia de tentativa de captación cuando el autor haya comenzado la ejecución del delito y sin embargo este no llega a consumarse por causas que le son ajenas.

B) TRANSPORTAR

En cuanto al significado del verbo *transportar*, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua¹⁴⁵ en sus acepciones primera y segunda establece «1. tr. Llevar a alguien o algo de un lugar a otro. 2. tr. portear (conducir o llevar por un precio)».

Dentro de esta amplitud, podemos afirmar que transportar y trasladar son términos casi sinónimos¹⁴⁶ y entendemos¹⁴⁷ que hubiera sido más acorde con el principio de tipicidad el sancionar la conducta mediante la tipificación de uno de los verbos que representa tales acciones.

El concepto transporte deberá interpretarse como cualquier traslado de la persona o personas tratadas, con independencia de si hay o no cruce de fronteras y ello cualquiera que sea el medio o vehículo utilizado, por sí o a través de tercero¹⁴⁸. El verbo transportar no exige, necesariamente, que el tratante lleve a cabo personalmente el desplazamiento de la víctima¹⁴⁹.

Por tanto, el transporte sólo podrá representar la acción por la que se lleva a la persona tratada de un lugar a otro, cualquiera que sea el medio de transporte utilizado y con independencia de que se ejecute por sí o a través de un tercero¹⁵⁰.

¹⁴⁵ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA. Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Vigésimo tercera edición año 2002. Disponible en línea: <http://dle.rae.es>.

¹⁴⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de fecha 7 de julio de 2014, Roj: SAP CS 1429/2014: «Tanto transportar como trasladar suponen llevar o conducir a una persona o grupo de ellas de un sitio a otro, cualquiera que sea el medio de transporte utilizado (...)».

¹⁴⁷ TAZZA, A. O. CARRERAS, E. R. «El delito de trata de personas», *op. cit.*, p. 1053.

¹⁴⁸ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular 5/2011 sobre «Criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración», p. 1562. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Gran Canaria de fecha 25 de septiembre de 2015, Roj: 2145/2015.: «El transporte sólo puede representar la acción por la que se lleva a la persona tratada de un lugar a otro, cualquiera que sea el medio o vehículo utilizado, por sí o a través de un tercero».

¹⁴⁹ SÁNCHEZ COYISA, J. «El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis», *op. cit.*, p. 40.

¹⁵⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 15 de septiembre de 2014, Roj: SAP B 11117/2014.

Para concluir, la movilización de la víctima, sea cual sea el verbo a través del cual se articule, constituye un factor esencial en este fenómeno delictivo pues a través de ella se logra colocar a la víctima en una situación de mayor vulnerabilidad e indefensión¹⁵¹.

C) TRASLADAR

Para la interpretación de este verbo debemos distinguir dos momentos. Hasta la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 1/2015, el término traslado podía ser interpretado como el traspaso de control sobre una persona¹⁵² por medio de la venta, el alquiler o la permuta, por ejemplo. Ello era posible porque entre las conductas típicas de la Decisión Marco 2002/629/JAI¹⁵³ que no se hallaban incorporadas al Código Penal se encontraba el intercambio o el traspaso de control.

Con posterioridad a la meritada reforma del Código y puesto que se ha incluido la conducta consistente en el intercambio o la transferencia de control sobre las personas víctimas del delito de trata, debe procederse a interpretar el verbo trasladar como sinónimo de transportar¹⁵⁴.

En ese sentido, valoraríamos como óptima la sustitución del verbo trasladar por el de transferir y hacemos una propuesta *de lege ferenda* en ese sentido asentada, fundamentalmente, en dos razones. La primera es

¹⁵¹ OFICINA DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. *Manual de Procedimiento Penal y Protección Integral de niños, niñas y adolescentes víctimas de trata de personas y explotación laboral/sexual*. Embajada Británica. Bogotá, 2007, p. 44. EUROPOL. *Situation report. Trafficking in human beings in the EU*. The Hague, 2016, p. 25. En el transporte de trata de seres humanos llevada a cabo con alguna de las finalidades del apartado a) del artículo 177 bis del Código, según Europol el «transporte terrestre es el más comúnmente utilizado», desde otra perspectiva: «La rotación de las víctimas entre varios países también se produce en la trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral».

¹⁵² Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de fecha 7 de julio de 2014. Roj: SAP CS 1429/2014. En el mismo sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, C. «El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de los compromisos internacionales de incriminación», en *Anuario Facultad Derecho Universidad Da Coruña*, n.º 14, p. 844. En idéntica dirección, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular 5/2011. *Criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración*, p. 1562.

¹⁵³ Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos.

¹⁵⁴ SÁNCHEZ COVISA, J. «El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis», *op. cit.*, p. 41: «Después de la reforma de la LO 1/2015 se ha despejado cualquier atisbo de duda pues expresamente el legislador se refiere al intercambio o transferencia de control de la víctima tratada».

que el término traslado requiere una acepción que necesariamente debe ser diferenciada de la del verbo transporte¹⁵⁵. La segunda radica en que es el término utilizado por la versión del Convenio de Varsovia¹⁵⁶.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua¹⁵⁷ define trasladar como: «*1. tr. Llevar a alguien o algo de un lugar a otro*».

Por tanto, la acción de trasladar tiene en nuestro idioma el mismo significado que el verbo transportar¹⁵⁸, ambos conllevan el desplazamiento de la víctima desde el lugar de captación hasta donde se producirá la explotación¹⁵⁹. Por ello, entendemos que nos encontramos ante una redundancia legal.

La única distinción posible para algunos autores¹⁶⁰ entre ambos términos radica en que el transporte conlleva, generalmente, la utilización de un medio de tracción que no es exigible al traslado, aunque éste incluye a aquel en una relación de género a especie. Para otros¹⁶¹ el verbo trasladar debe interpretarse de modo que recoja el injusto del delito de trata de seres humanos y en ese sentido articula el significado a través del desarraigo y la indefensión de la persona trasladada realizado con el propósito de explotar a las víctimas.

D) ACOGER

La reforma del Código Penal operada por la citada Ley Orgánica 1/2015 ha eliminado de la tipificación contenida en el artículo 177 bis el verbo alojar, lo que facilita la interpretación del verbo acoger. Ciertamente, la

¹⁵⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Gran Canaria de fecha 25 de septiembre de 2015, Roj: 2145/2015.

¹⁵⁶ Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio nº 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005. Boletín Oficial del Estado de 10 de septiembre de 2009.

¹⁵⁷ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA. Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Vigésimo tercera edición año 2002. Disponible en línea: <http://dle.rae.es>.

¹⁵⁸ HAIRABEDIÁN, M. «La nueva ley de trata de personas». Disponible en línea: www.eldial.com

¹⁵⁹ REQUEJO NAVEROS, M. T. «El delito de trata de seres humanos en el Código Penal español: aciertos, desaciertos y proyectos de reforma», en VALLE MARISCAL DE GANTE, M. y BUSTOS RUBIO, M. *La reforma penal de 2013*. Edisofer, Madrid, 2014, p. 72.

¹⁶⁰ MACAGNO, M. E «Algunas consideraciones sobre los nuevos delitos de trata de personas con fines de explotación, artículos 145 bis y 145 ter CP», *op. cit.*, p. 66 y 78.

¹⁶¹ MARAVER GÓMEZ, M. «La trata de seres humanos», en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (Dir.), *Estudios sobre las Reformas del Código Penal, operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, *op. cit.*, p. 318 y 319.

Exposición de Motivos no ofrece ninguna justificación de la supresión¹⁶². Sin embargo, cabe atribuirla al hecho de que ni la Directiva 2011/36/UE ni el Convenio de Varsovia incluyesen el verbo alojar en la conducta típica.

En la redacción anterior, la inclusión de los verbos *alojar* y *acoger* producía un solapamiento¹⁶³, pues no hay una diferencia sustancial entre el significado de ambos verbos. En consecuencia, consideramos acertado que se haya optado por mantener únicamente el verbo *acoger*.

El verbo *acoger* según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua significa: «Admitir en su casa o compañía a alguien».

Esta conducta puede ejecutarse por un largo o breve periodo de tiempo, no exigiéndose ni duración ni cualificación de la conducta.

Acoger no significará, necesariamente, convivir con alguien sino que bastará con proporcionar refugio, acogida o aposento, por ejemplo en forma de hospedaje¹⁶⁴. Asimismo, podría interpretarse como provisión de medios de subsistencia preordenados a la posterior entrega de la víctima.

E) RECIBIR

Para interpretar este verbo parecen particularmente adecuadas la primera, segunda y séptima acepciones de la voz «recibir» del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, todas referidas a personas: «Tomar lo que le dan o le envían», «hacerse cargo de lo que le dan o le envían», «admitir a otra, persona, en su compañía o comunidad»¹⁶⁵.

La Fiscalía General del Estado no diferencia el significado de *acoger* y *recibir* señalando que «refieren las conductas de quienes —ya sea con carácter provisional o definitivo— aposentan a las víctimas tratadas en el lugar de destino donde piensa realizarse la dominación o explotación planificada»¹⁶⁶.

En lo que se refiere a *recibir* en contraposición a *acoger* y tratándose de personas, habrá de entenderse por exclusión de los anteriores, salir al

¹⁶² VILLACAMPA ESTIARTE, C. «La trata de seres humanos tras la reforma del Código Penal de 2015», *op. cit.*, p. 3.

¹⁶³ MAYORDOMO RODRIGO, V. «Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas», *op. cit.*, p. 354.

¹⁶⁴ TAZZA, A. O. CARRERAS, E. R. «El delito de trata de personas», en *LL2008-C*, p. 1053.

¹⁶⁵ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA. Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Vigésimo tercera edición año 2002. Disponible en línea: www.rae.es.

¹⁶⁶ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular 5/2011 sobre *Criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración*, p. 1563.

encuentro de una persona, según el Diccionario de la Real Academia¹⁶⁷. Según Villacampa, el verbo recibir será, por lo general, absorbido en los casos que subsiga a acoger o en que anteceda el transportar o trasladar¹⁶⁸.

Con los verbos acoger y recibir se llegaría a la última fase del proceso de trata. El delito quedará consumado cuando se recibe o acoge a la víctima para su explotación y ello con independencia de si dicha explotación llega a producirse efectivamente.

F) INTERCAMBIO O TRASPASO DEL CONTROL SOBRE UNA PERSONA

En cuanto a la inclusión de la modalidad comisiva intercambio o traspaso del control sobre la persona, tenemos que felicitar al Legislador por la inclusión de esta conducta típica en la última reforma del Código Penal. Pese a que la misma estaba incluida en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas¹⁶⁹, en la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo y en el artículo 2 de la Directiva 2011/36/UE, ésta no formaba parte del tipo en el ordenamiento jurídico español.

En ese sentido el Consejo del Poder Judicial en el Informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica 5/2010 llamó la atención sobre la falta de inclusión de este medio comisivo, observación que no fue objeto de consideración por el Legislador en aquel momento, pero sí ahora.

El acierto de esta inclusión se basa en que propicia una interpretación menos forzada del verbo trasladar¹⁷⁰ con lo que se favorece el dotarle de un contenido más acotado y acorde al fenómeno que nos ocupa¹⁷¹.

En cuanto al contenido del verbo, comprenderá no sólo los casos de compraventa y permuta entre los tratantes mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios¹⁷², sino también las cesiones de víctimas que no

¹⁶⁷ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA. Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Vigésimo tercera edición año 2002. Disponible en línea: www.rae.es.

¹⁶⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, C. *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*. *op. cit.*, p. 411.

¹⁶⁹ Anexo II de la Convención de la ONU contra la delincuencia organizada transnacional, aprobado el 15 de diciembre de 2000.

¹⁷⁰ FERNÁNDEZ OLALLA, P. *Perspectiva de la investigación y persecución del delito de trata de seres humanos. análisis de la reforma del art. 177 bis por la ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Consejo General del Poder Judicial, marzo de 2015, p. 8.

¹⁷¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C. «La trata de seres humanos tras la reforma del Código Penal de 2015», *op. cit.*, p. 3.

¹⁷² LAFONT NICUESA, L. «La adaptación del Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal en materia de trata de personas y de inmigración ilegal a los instrumentos normativos de la Unión Europea», en *European inklings (EUi) II Armonización penal en*

conlleven contraprestación alguna, como ocurre en los casos de disposición de la víctima mediando abuso de superioridad¹⁷³.

Puede entenderse que esta conducta se encuentra incluida en el traslado o transporte siempre que estas acciones lleven pareja la *traditio* de la víctima del delito¹⁷⁴.

Para concluir, la inclusión de esta posibilidad facilita la subsunción de los casos de *traditio ficta*.

2.4.2. Territorialidad

El tipo requiere que la acción tenga lugar en territorio español, ya sea desde España, en tránsito o con destino a ella y ello pese a lo establecido en el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010 que reza que: «*el delito abarcará todas las formas de trata, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada*».

La exigencia incluida en el artículo 177 *bis* no adecuaba ni con la configuración del delito de trata establecida a nivel regional ni por la Directiva 2011/36/UE¹⁷⁵, ni por el Convenio de Varsovia, artículo 31. Por su parte, el Protocolo de Palermo no exige que la víctima haya atravesado una frontera.

Es discutible la mención al territorio¹⁷⁶ porque el delito de trata requiere desplazamiento físico y ello con independencia de que el mismo se desarrolle dentro de las fronteras de un Estado o transfronterizamente¹⁷⁷.

Europa, p. 225: «*Esta acción permitiría incluir dentro de la acción típica del delito de trata conductas concretas, actualmente de más difícil encaje literal, como la venta entre proxenetas de una mujer que ejerce la prostitución*».

¹⁷³ SÁNCHEZ COVISA, J. «El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 *bis*», *op. cit.*, p. 41. En la nota número 5 el autor patentiza que: «*en España, lamentablemente, se están detectando un número creciente de mujeres reclutadas para el ejercicio de la prostitución mediante la compra no sólo a terceros sino también a familiares, esposos y parejas*».

¹⁷⁴ FONTÁN BALESTRA, C. *Delitos contra la integridad sexual. Trata de personas. Tratado de Derecho Penal*. Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 45.

¹⁷⁵ Considerando 16 de la Directiva 2011/36/UE. COMISIÓN EUROPEA. *Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento. Basado en el artículo 10 de la Decisión Marco del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos*. Documento: COM (2006) 187 final.

¹⁷⁶ Otros autores la califican como innecesaria, en ese sentido SÁNCHEZ MELGAR, J. «Artículo 177 *bis*», en SÁNCHEZ MELGAR, J. (Coord.), *Código Penal: Comentarios y Jurisprudencia*. Sepin, Las Rozas. 2010, p. 1236.

¹⁷⁷ HUDA, S. Comisión de derechos humanos, integración de los derechos humanos de la mujer y perspectiva de género. *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de las víctimas de trata de personas, especialmente mujeres y niños*. Documento: E/CN.4/2006/62, párrafo 44.

Por tanto, la referida referencia geográfica «*limita indebidamente el ámbito del delito*»¹⁷⁸ y en ese sentido, hacemos una propuesta *de lege ferenda* consistente en su supresión.

Pese a todo, el artículo 177 *bis* requiere que la conducta se vincule al territorio español no ya solo a efectos de competencia territorial, sino incluso para que la conducta sea típica¹⁷⁹. Lo que supone una flagrante vulneración de las obligaciones de incriminación asumidas internacionalmente por nuestro país¹⁸⁰. Se excluirá, por tanto, la persecución del delito de trata que no esté conectada con España¹⁸¹.

Al amparo del artículo 177 *bis* se han delimitado las siguientes posibilidades¹⁸²:

a) «*en territorio español*»: esta modalidad hace referencia a que toda o algunas de las conductas típicas se lleven a cabo en el territorio nacional.

¹⁷⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de Seres Humanos. Una Incriminación Dictada desde el Derecho Internacional*, *op. cit.*, p. 412 y ss. CUGAT MAURI, M.: «La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria (arts. 177, *bis*, 313, 318 *bis*)», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, *op. cit.*, p. 161.

¹⁷⁹ Por su parte, CONSEJO DE ESTADO. Dictamen Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Documento nº 358/2013. Artículo 177 *bis*. Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de abril de 2015, Roj: STS 1502/2015. No obstante, Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 19 de mayo de 2015, Roj: SAP M 7349/2015: «*Este delito admite un componente transnacional, pero siempre con el territorio español como denominador común, como se pone de manifiesto con la expresión típica “en territorio español”, sea desde España, en tránsito o con destino a ella*».

¹⁸⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C. «La trata de seres humanos tras la reforma del Código Penal de 2015», *op. cit.*, p. 10. Lo que siguiendo a PÉREZ ALONSO, E.J. «La trata de seres humanos en el derecho penal español», en VILLACAMPA ESTIARTE, C. (Cord). *La delincuencia organizada: un reto a la política-criminal actual*, *op. cit.*, p. 103 y 104. Comparte este criterio, VILLACAMPA ESTIARTE, C. «La trata de seres humanos tras la reforma del Código Penal de 2015», *op. cit.*, p. 10. delata el enfoque trafiquista del legislador.

¹⁸¹ Lo que no se compadece bien con lo dispuesto por distintas instituciones comunitarias. Así, PARLAMENTO EUROPEO Resolución sobre la trata de personas del Parlamento Europeo, Diario Oficial nº C 32 de fecha 5 de febrero de 1996 p. 88, establece: «*Pide que se introduzcan normas de competencia extraterritorial con vistas a permitir la persecución y la sanción de los individuos que hayan cometido infracciones relativas a la explotación sexual de niños y de adolescentes fuera del territorio comunitario*».

¹⁸² SANTANA VEGA, D.M. «El nuevo delito de Trata de Seres Humanos», *op. cit.*, p. 83. En idéntico sentido se pronuncia MAYORDOMO RODRIGO, V. «Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas», *op. cit.*, p. 382.

En el supuesto de que la conducta típica acontezca «en España» circunscribiremos todos los supuestos en que los hechos constitutivos del tipo se realizan en territorio nacional¹⁸³.

Por territorio nacional habrá de entenderse tanto el espacio terrestre delimitado por sus fronteras y las doce millas adyacentes a las costas españolas, conforme a la Ley de 4 de enero de 1977, como el espacio aéreo que se eleva sobre el espacio terrestre y el marítimo territorial, según lo dispuesto en la Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960. También tendrán la consideración de territorio español a efectos de determinación del ámbito de la jurisdicción penal los buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de los tratados internacionales en los que España sea parte¹⁸⁴.

b) «desde España»: en esa prescripción se subsumirían aquellos casos en los que la actividad de captación de una persona se ejecuta en España bien para trasladarla a otro país o bien para traerla a España.

Ahora bien, para interpretar adecuadamente este supuesto tenemos que acudir a la Ley de Extranjería, en concreto su artículo 28 que establece que la salida de España es libre, excepto en los casos previstos en el Código Penal y en la misma Ley, añadiéndose que excepcionalmente el ministro del Interior podrá prohibir la salida del territorio español por razones de seguridad o de salud pública.

c) «en tránsito por España». Este supuesto refiere el caso de que en nuestro país se produzca alguna de las conductas intermedias entre la captación y la explotación¹⁸⁵.

¹⁸³ MAYORDOMO RODRIGO, V. «Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas», *op. cit.*, p. 347.

¹⁸⁴ En esa línea, tenemos que mencionar el Acuerdo Schengen, firmado el 14 de junio de 1985 en Schengen (Luxemburgo), que tiene por finalidad eliminar los controles fronterizos dentro de su espacio y armonizar los controles fronterizos externos. Distingue, por tanto, entre fronteras interiores y exteriores, artículo 1. Se considerarán fronteras interiores, «las fronteras terrestres comunes de las Partes contratantes, así como sus aeropuertos por lo que respecta a los vuelos interiores y sus puertos marítimos por lo que respecta a los enlaces regulares de transbordadores con procedencia o destino exclusivamente en otros puertos de los territorios de las Partes contratantes y que no efectúen escala en los puertos ajenos a dichos territorios» y fronteras exteriores: «Las fronteras terrestres y marítimas, así como los aeropuertos y puertos marítimos de las Partes contratantes, siempre que no sean fronteras interiores».

¹⁸⁵ La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de enero de 2005, Roj: STS 195/2005, establece: «el tránsito por un puesto fronterizo no siempre encierra, según la experiencia general, un control efectivo; la utilización de tal clase de acceso no descarta la ilegalidad en la explotación lucrativa de la inmigración con grave riesgo para los derechos de los extranjeros, baste recordar la sumisión a la organización con desamparo

Así, siguiendo a Martínez Escamilla¹⁸⁶, el significado que ha de otorgársele al término «tránsito» es el conferido por la Ley de Extranjería y su Reglamento, a saber: atravesar el territorio español desde un Estado tercero a otro Estado, si el tránsito es territorial, o si la permanencia es en la zona de tránsito internacional de un aeropuerto, sin acceder al territorio nacional, durante las escalas o enlaces de vuelo cuando el tránsito es aeroportuario¹⁸⁷. Es decir, se trataría de supuestos en los que el territorio español no es el punto de partida ni el de destino del extranjero sino tan sólo un punto en el camino desde un tercer Estado hacia otro.

d) «con destino a España», en este caso será en el territorio nacional donde se lleve a cabo la última etapa, mediante la entrega y recepción definitiva para, posteriormente, en territorio nacional desarrollar las finalidades de explotación que describe este delito.

Para concluir, la Sala segunda del Tribunal Supremo¹⁸⁸ ha interpretado la expresión «desde, en tránsito o con destino a España», a propósito del tipo de inmigración ilegal afirmando que «con ello se quieren abarcar tres modos de comisión diferentes: a) movimiento de personas desde el extranjero hacia España, que es el modo más frecuente de comisión; b) salida de alguien de España al extranjero; c) tránsito dentro de España, de un punto a otro, relacionado con ese tráfico ilegal o esa inmigración clandestina».

2.4.3. Medios comisivos

El tipo básico del artículo 177 bis establece como medios comisivos¹⁸⁹: «violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de

para los extranjeros que implicaba el desposeerlos de sus pasaportes y la percepción por aquélla de las retribuciones correspondientes a los trabajos que desarrollaban los inmigrantes».

¹⁸⁶ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. *Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del artículo 318 bis del C.P.*, op. cit., p. 157 y 158.

¹⁸⁷ Artículo 25 bis a) de la Ley de Extranjería y 21 y siguientes del Reglamento de Extranjería.

¹⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 13 de Julio de 2005, Roj: STS 4742/2005.

¹⁸⁹ No obstante, se presentó por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya-Verds una enmienda, núm. 22 al Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que no prosperó. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados IX Legislatura serie a: proyectos de ley 18 de marzo de 2010: «Se pretende añadir un supuesto genérico de trata que no tenga que ver con el empleo de medios coercitivos o de la situación de vulnerabilidad, en coherencia con lo dispuesto por el actual artículo 318 bis, puesto que, de lo contrario, quedaría una laguna legal que impediría la sanción

superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima».

La tipificación realizada por el Legislador español de los medios comisivos del delito de trata de seres humanos constituye una simplificación de la enumeración contenida en el artículo 1 párrafo 1 de la Directiva 2011/36/UE. Así, no se ha limitado a hacer una mera transposición de tales medios comisivos, sino que ha llevado a cabo una selección que podría considerarse acorde a nuestra tradición jurídica¹⁹⁰, configurando el delito de trata como un delito de medios determinados.

Así, desde el punto de vista de las modalidades de su ejecución, el delito de trata de seres humanos puede ser considerado¹⁹¹:

a) Un delito resultativo, en el caso de que sea cometido sobre víctimas menores de edad. Tal como establece el artículo 177 bis párrafo 2 se considerará trata aun cuando no se hubiere empleado los medios comisivos tipificados.

b) Un delito de medios determinados¹⁹² que deberán concurrir para doblegar la voluntad de la víctima.

c) Ante un delito de medios comisivos alternativos ya que cualquiera de ellos es suficiente para integrar el delito de trata en cada una de las

penal a quienes desarrollen estas actividades, humanamente inadmisibles, sin emplear tales medios. El consentimiento de las víctimas, cuando la finalidad es la contemplada en el apartado primero, debe ser irrelevante a los efectos de la tipificación penal».

¹⁹⁰ MARTOS NÚÑEZ, J. «El delito de trata de seres humanos, análisis del artículo 177 bis del Código Penal», *op. cit.*, p. 104. No podemos compartir el criterio de RICHARD GONZÁLEZ, M «Análisis de los instrumentos internacionales de cooperación contra la trata de seres humanos con finalidad de explotación sexual», en RICHARD GONZÁLEZ, M, RIAÑO BRUN, I. y POELEMANS, M. *Estudios sobre la lucha contra la trata de seres humanos*, *op. cit.*, p. 226, consistente en una propuesta de supresión de cualquier referencia al uso o empleo de medios empleados al fin de forzar la voluntad del ser humano. Afirma que lo realmente importante es que la conducta vaya encaminada a alguno de los fines relacionados en la ley en cuyo caso resultará intrascendente si se empleó o no, violencia o algún ardid para someter a la persona.

¹⁹¹ SANTANA VEGA, D.M. «El nuevo delito de Trata de Seres Humanos», *op. cit.*, p. 84.

¹⁹² GUARDIOLA LAGO, M.J. *El tráfico de personas en el derecho penal español*. Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 303. GIMÉNEZ SALINAS FRAMIS, A. «Las organizaciones dedicadas a la inmigración ilegal y al tráfico de seres humanos», en CANCIO MELIÁ, M y POZUELO PÉREZ, L. *Política criminal en vanguardia: Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 217.

fases de la dinámica comisiva¹⁹³. Lo que excluye la admisibilidad de la comisión por omisión¹⁹⁴.

La intención de doblegar la voluntad de la víctima se configura como elemento aglutinador de los diversos medios comisivos enunciados por el tipo¹⁹⁵.

En ningún caso será exigible que el mismo medio comisivo permanezca durante todo el *iter delictual*¹⁹⁶. Así, criminológicamente lo usual es que un determinado medio comisivo sea empleado en el momento de la captación de la víctima¹⁹⁷, pues es el momento en que su capacidad de autodeterminación se ve anulada y con posterioridad sea sustituido por otro.

Pérez Alonso¹⁹⁸ distingue en función de la presencia de unos u otros medios comisivos entre trata forzada, trata fraudulenta y trata abusiva: «La

¹⁹³ SÁNCHEZ COVISA, J. «El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis», *op. cit.*, p. 43. Jurisprudencialmente, Sentencia de la Audiencia Provincial de Gran Canaria de fecha 25 de septiembre de 2015, Roj: 2145/2015: «Los medios comisivos son alternativos en el sentido de que cualquiera de ellos es suficiente para integrar el delito de trata en cada una de sus fases. Pero ello no supone que deba permanecer el mismo durante todo el proceso, al contrario, cada conducta típica puede llevarse a cabo a través de un medio distinto, se puede captar con engaño y alojar con violencia o intimidación». En el mismo sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 8 de marzo de 2013, Roj: SAP M 10161/2013, y Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 15 de septiembre de 2014, Roj: SAP B 11117/2014.

¹⁹⁴ DIAZ MORGADO, C.V. *El delito de trata de seres humanos. Su aplicación a la luz del derecho internacional y comunitario*. Tesis presentada para optar al título de doctora. Universidad de Barcelona, Barcelona. 2014, p. 189.

¹⁹⁵ LAFONT NICUESA, L. «Los delitos de trata de personas e inmigración ilegal tras la LO 5/2010 de 22 de junio por la que se reforma el Código Penal», en RICHARD GONZÁLEZ, M., RIAÑO BRUN, I. y POELEMANS, M. (Coords.) *Estudios sobre la lucha contra la trata de seres humanos*, *op. cit.*, p. 154.

¹⁹⁶ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular 5/2011 «Sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Extranjería e Inmigración», p. 1563. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Guía de criterios de actuación judicial frente a la trata de seres humanos*. Madrid, 2018, p. 83.

¹⁹⁷ REQUEJO NAVEROS, M.T. «El delito de trata de seres humanos en el Código Penal español: Aciertos y desaciertos y proyectos de reforma», en VALLE MARISCAL DE GANTÉ, M. y BUSTOS RUBIO, M. (Coord.), *Libro de Actas de XIV Jornadas de profesores y estudiantes de derecho penal de las universidades de Madrid*, *op. cit.*, p. 75.

¹⁹⁸ PÉREZ ALONSO, E. J., *Tráfico de personas e inmigración clandestina: un estudio sociológico internacional y jurídico-penal*, *op. cit.*, p. 178 y, p. 179. Esta postura ha sido acogida por la jurisprudencia menor, así Sentencia de la Audiencia Provincial de

“trata forzada” se caracterizaría por la presencia de amenaza, violencia o intimidación para quebrantar la voluntad de una persona. En cambio, en la “trata fraudulenta” se utiliza engaño para obtener el consentimiento de la otra persona. Finalmente, la “trata abusiva” se vertebra por el abuso de las situaciones enunciadas en el artículo 177 bis».

A) VIOLENCIA

Violencia equivale a «fuerza física directamente ejercida sobre la víctima o encaminada a crear en ella un estado de miedo a sufrir malos tratos en el futuro, con capacidad para anular o limitar seriamente la libertad de acción y decisión»¹⁹⁹. La Fiscalía española, especializada en materia de extranjería, establece «El término violencia abarca cualquier tipo de uso de la fuerza o coacción y, en su caso, el rapto»²⁰⁰, y estará encaminada a constreñir la libertad de la víctima.

La violencia comprenderá cualquiera de las conductas subsumibles en el delito de coacciones del artículo 172 Código Penal sin que sea exigible que se traduzca en lesiones corporales de la víctima, ni una situación adicional de privación de libertad constitutiva de detención ilegal²⁰¹.

Las Palmas de fecha 25 de septiembre de 2015, Roj: 2145/2015: «Es decir, de medios coercitivos, fraudulentos y abusivos. La trata forzada alude al empleo de vis física y de vis compulsiva. La trata fraudulenta refiere al empleo del fraude y al engaño. La trata abusiva viene configurada por el empleo de las situaciones de abuso de poder o de abuso de una situación de vulnerabilidad de la víctima».

¹⁹⁹ SÁNCHEZ COVISA, J. «El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis», *op. cit.*, p. 42. Hemos de destacar las Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 23 de septiembre de 2000, Roj: STS 6659/2000, y de 22 de octubre de 2001, Roj: STS 8092/2001. También se ha patentizado en la jurisprudencia la utilización de agresiones así Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 3 de diciembre de 2004, Roj: STS 7875/2004, 28 de enero de 2005, Roj: STS 402/2005, y 22 de septiembre de 2005, Roj: STS 5467/2005.

²⁰⁰ FISCALÍA ESPECIALISTA EN MATERIA DE EXTRANJERÍA. *La trata de seres humanos, la inmigración clandestina y los derechos contra los ciudadanos extranjeros*. Síntesis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Fiscalía. es, p. 7.

²⁰¹ SURTEES, R «Traffickers and trafficking in Suothern and Eastern Europe» in *European Journal of Criminology* nº, 2008, p. 43. El citado autor, sostiene que en la trata de seres humanos resulta, cada vez, menos necesario el uso de la violencia porque los autores prefieren ejercer intimidación, que deja menos rastro sobre las víctimas y, por tanto, menos evidencias de la actividad delictiva. Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 13 de junio de 2005, Roj: STS 3772/2005, Sentencia de 22 de julio de 2005, Roj: STS 5093/2005, Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de septiembre de 2000, Roj: STS 6659/2000, 17 de septiembre de 2001, Roj: STS 6859/2001, y de fecha 15 de octubre de 2007, Roj: STS 7029/2007.

Jurisprudencialmente²⁰² la violencia se ha conceptualizado como acometimiento, coacción o imposición material que implica una agresión real más o menos violenta, con fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad contraria de la víctima.

En cuanto a la entidad de la violencia empleada, ésta habrá de tener la entidad suficiente para doblegar la voluntad de la víctima²⁰³.

B) INTIMIDACIÓN

Para determinar qué debe entenderse por intimidación, puede ser útil el significado otorgado a este medio en los delitos contra la libertad de obrar²⁰⁴. Como es sabido, para valorar la eficacia de la intimidación deberá atenderse tanto a criterios objetivos como subjetivos. Respecto de los primeros, la intimidación debe ser apta para generar sentimientos de temor, angustia o coacción psicológica²⁰⁵, el Juez deberá situarse *ex ante* para valorar si la intimidación era adecuada para vencer la voluntad del hombre medio.

En cuanto a los criterios subjetivos, deberán valorarse circunstancias personales de las víctimas, que pueden presentar específicas singularidades, derivadas de costumbres, creencias religiosas o educación.

Por lo que se refiere a la entidad de la intimidación, no se requiere que sea invencible la inhibición psíquica de la víctima, sino, simplemente, que sea eficaz para doblegar su voluntad²⁰⁶.

²⁰² Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 10 de noviembre de 2009, Roj: STS 6876/2009, y 3 de octubre de 2002, Roj: STS 6445/2002; Sentencia de la Audiencia Provincial de Gran Canaria de fecha 25 de septiembre de 2015, Roj: 2145/2015: «*La violencia, entendida como fuerza física aplicada a la persona que inutiliza su capacidad de decisión y libertad de movimiento. Equivale a fuerza física directamente ejercida sobre la víctima o encaminada a crear en ella un estado de miedo a sufrir malos tratos en el futuro, con capacidad para anular o limitar seriamente la libertad de acción y decisión, abarcando conductas subsumibles en el delito de coacciones del art. 172 del C.P pero que no exige que se traduzca en lesiones corporales de la víctima, ni es preciso que llegue a producirse una situación adicional de privación de libertad constitutiva de detención ilegal*».

²⁰³ El Tribunal Supremo en Auto de fecha 13 de noviembre de 2014, Roj: ATS 9481/2014.

²⁰⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C. «*El delito de trata de seres humanos: Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*», *op. cit.*, p. 423.

²⁰⁵ PÉREZ CEPEDA, A. *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*. Comares, Granada, 2004, p. 167.

²⁰⁶ Entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 7 de octubre de 1998, Roj: STS 5708/1998, 15 de febrero de 1999, Roj: STS 994/1999, y 25 de marzo de 2004, Roj: STS 2063/2004. En el mismo sentido, HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U.

La intimidación ha sido definida por el Tribunal Supremo como «*constreñimiento psicológico, amenaza de palabra u obra de causar un daño injusto que infunda miedo en el sujeto pasivo*²⁰⁷».

La relación de poder existente entre el sujeto activo y la víctima coloca a esta en una situación de sujeción especial, ya que la víctima en la mayoría de los casos no tiene herramientas suficientes para dimensionar los verdaderos alcances de poder de su explotador o explotadora.

La retención de documentos, la amenaza de denunciar la irregularidad administrativa²⁰⁸ y la exhibición de poder son fórmulas intimidatorias²⁰⁹

«El delito de tráfico de personas para su explotación sexual», en LAURENZO COPELLLO, P. *Inmigración y Derecho Penal, bases para un debate*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 246.

²⁰⁷ Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 7 de octubre de 1998, Roj: STS 5708/1998, 15 de febrero de 1999, Roj: STS 994/1999, y 25 de marzo de 2004, Roj: STS 2063/2004. La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de octubre de 2002, Roj: STS 6445/2002: «*La intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado*», Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de abril de 2009: «Debe significarse que la intimidación entraña la amenaza de un mal de entidad suficiente para doblegar la voluntad de una persona y la valoración de su suficiencia debe hacerse atendiendo a las circunstancias objetivas y subjetivas de cada caso y entre ellas el grado de susceptibilidad de la víctima para ser amedrentada», entre otras.

²⁰⁸ DEMLEITNER, N. «The Law at the Crossroads; the Legal Construction of Migrants Trafficked into Prostitution» in KYLE, D. *Global human smuggling: comparative perspectives*. Johns Hopkins University Press, Baltimore, Maryland 2001, p. 269. COOMARASWAMY, R. Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, sobre la trata de mujeres, la migración de mujeres y la violencia contra la mujer. Informe presentado de conformidad con la resolución 1997/44 de la Comisión de Derechos Humanos, párrafo 39: «*Los proxenetas se aprovechan de la ley y de la amenaza de deportación*». Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de marzo de 2002, Roj: STS 1866/2002: «*Supuestos en los que se amenazaba con poner en conocimiento de la policía su situación irregular en territorio español, ante lo cual y de forma no plenamente voluntaria por dicha amenaza, por encontrarse en un país desconocido y sin ningún otro trabajo para obtener ingresos económicos las jóvenes accedieron a ser trasladadas a dicho lugar (club de alterne)*».

²⁰⁹ CILLERUELO, A. *Trata de personas para su explotación*, op. cit., p. 36. En el mismo sentido se pronuncia, a propósito del delito de prostitución coactiva, el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de marzo de 2004, Roj: STS 2141/2004: «*Aprovecharse de la condición de extranjeras que tenían las víctimas y la falta de permiso de residencia y trabajo en España, les retuvo, en el referido Club los pasaportes, con la excusa de que así no les podrían ser sustraídos, negándose posteriormente a entregarlos ante el requerimiento de las mismas, salvo los casos puntuales en que efectuaban las mujeres transferencias a su país*».

que no necesariamente deben concurrir simultáneamente para que se pueda concluir la existencia de una situación de coerción²¹⁰.

No podemos dejar de hacer mención a la utilización del vudú por las redes de trata africanas²¹¹, aunque bajo el comúnmente llamado vudú se engloban prácticas muy diferentes²¹².

Los rituales vudú son variados y complejos, por lo que los ritos difieren en algunos aspectos²¹³. Es importante destacar la dificultad de deter-

²¹⁰ La situación de coerción puede mutar en amenaza si a la víctima se le indica que por estar en condición irregular podría ser deportada u objeto de otras negativas consecuencias. Como supuestos en que se retiraba todo tipo de documentación a las víctimas podemos encontrar en nuestra jurisprudencia Sentencias del Tribunal Supremo 19 de noviembre de 2001, Roj: STS 8985/2001, 14 de febrero de 2003, Roj: STS 978/2003, 18 de julio de 2003, Roj: STS 5171/2003, 6 de julio de 2004, Roj: STS 4802/2004, 15 de septiembre de 2005, Roj: STS 5292/2005, 27 de octubre de 2005, Roj: ATS 12973/2005, 5 de diciembre de 2005, Roj: STS 7485/2005, 7 de marzo de 2006, Roj: STS 1400/2006, 16 de mayo de 2006, Roj: STS 6163/2006, 9 de octubre de 2006, Roj: STS 7936/2006, y 5 de febrero de 2008, Roj: STS 1038/2008.

²¹¹ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 9 de marzo de 2015, Roj: SAP M 6282/2015, constata la utilización del mismo: «*Antes de emprender el viaje, se sometió a las testigos a un ritual de vudú, en el que les quitaron pelo de la cabeza, vello del pubis, les cortaron las uñas, y tuvieron que jurar que no iban a denunciar a la policía, que iban a pagar la deuda y que no iban a escapar, pues en caso contrario las matarían a ellas y a sus familias*». Del mismo modo, Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 17 de marzo de 2005, Roj: STS 1701/2005, se analiza la concurrencia de brujería y en las de 8 de junio de 2005, Roj: STS 3672/2005, 9 de junio de 2005, Roj: STS 3710/2005, 22 de septiembre de 2005, Roj: STS 5467/2005, 27 de octubre de 2005, Roj: ATS 12973/2005, y 25 de noviembre de 2005, Roj: STS 7486/2005, analizan la utilización de vudú.

²¹² Sentencia de la Audiencia Provincial de Vigo de fecha 16 de mayo de 2017, Roj: SAP PO 1019/2017: «*En ejecución de dicho plan, sus colaboradores en Nigeria captaron a la TPI, la cual procede de una pequeña población de Nigeria donde vivía con sus padres y dos hermanos, bajo la falsa promesa de trabajar en España como modelo y consiguiendo que realizara previamente un ritual de vudú, en el que la TPI creó firmemente, por el que se comprometía al cumplimiento de sus instrucciones en todo momento, participando en dicho pacto su progenitora y garantizando ambas el cumplimiento de dicho pacto con sus vidas, logrando de esta forma crear un clima de coacción e intimidación suficiente para someter en todo momento la voluntad de la TPI*».

²¹³ DOLS GARCÍA, A. «El vudú como elemento de coacción en el delito de trata», en *Revista general de derecho penal* n° 8. 2012, p. 13. DOLS GARCÍA, A. *Tesis Doctoral: Tratamiento jurídico-penal de los abusos vinculados a la creencia y ejercicio de la brujería y vudú en España (especial referencia al delito de trata de seres humanos)*. Universidad de Extremadura, 2017. JORGE BARBUZANO, E. ANTOLÍNEZ, I. GARCÍA SEDANO, T. «Entendiendo la trata nigeriana: análisis del delito desde un enfoque de diversidad cultural», en *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n° 107 mayo-agosto 2019.

minar qué es lo que realmente supone una amenaza para las víctimas, si la ruptura del juramento que han realizado o la posibilidad de que restos corporales suyos sean utilizados en un ritual de magia²¹⁴.

A mayor abundamiento, ya antes de la entrada en vigor del artículo 177 bis, los tribunales españoles no han tenido problema en calificar el vudú como un medio coercitivo idóneo en el delito de inducción a la prostitución. Así se ha afirmado por el Tribunal Supremo²¹⁵ «*El vudú es una nueva forma de dominación que la nueva realidad multicultural de España ofrece y a las que el sistema judicial debe atender y valorar*». Asimismo la jurisprudencia ha reconocido la eficacia coercitiva de la brujería²¹⁶.

C) ENGAÑO

Podemos definir el engaño como «*toda maquinación, falacia, mendacidad, argucia, treta anzuelo, cimbel o reclamo de los que se vale el infractor para, induciendo, a error al ofendido u ofendidos viciar su consentimiento*»²¹⁷.

Por su parte, la Ley Modelo contra la trata de personas de Naciones Unidas²¹⁸ delimita el ámbito de aplicación del «*engaño o fraude*» y la sugerencia que realiza a las legislaciones internas es que el fraude sea entendido como cualquier engaño mediante palabras o acciones y puede referirse a la naturaleza del trabajo o servicio a ser proveído; las condi-

²¹⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 9 de marzo de 2015, Roj: SAP M 6282/2015. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 3 de febrero de 2017, Roj: SAP M 1232/2017.

²¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de junio de 2005, Roj: STS 3672/2005 y Sentencia de del Tribunal Supremo de fecha 25 de noviembre de 2005, Roj: STS 7486/2005.

²¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2005, Roj: STS 1701/2005: «*Fue allí donde se le retiró el pasaporte y se le comunicó a Sandra que debería mantener relaciones sexuales con clientes a cambio de un precio, aún contra su voluntad, para así pagar la deuda contraída y satisfacer los gastos de alojamiento y manutención, amenazándola con causarle daño físico a su familia en Nigeria y con las consecuencias de los ritos de brujería a que había sido sometida*».

²¹⁷ HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.A. «El delito de tráfico de personas para su explotación sexual», en LAURENZO COPELLO, P. (coord.) *Inmigración y Derecho Penal*, op. cit., p. 84. FISCALÍA ESPECIALISTA EN MATERIA DE EXTRANJERÍA. La trata de seres humanos, la inmigración clandestina y los derechos contra los ciudadanos extranjeros. Síntesis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Fiscalía.es, p. 7.

²¹⁸ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. UNDOC *Ley Modelo contra la Trata de Personas*. Publicación de las Naciones Unidas. 2011, p. 66. Artículo 5 párrafo f.

ciones del trabajo; la extensión con la cual la persona será libre de dejar su lugar de residencia; otras circunstancias que refieran a la explotación de la persona.

Tanto la doctrina²¹⁹ como la jurisprudencia menor²²⁰ consideran que el engaño habrá de revestir los caracteres exigibles para que produzca efectos en el delito de estafa. Así habrá de ser antecedente, causante y bastante, en cuanto que si pudiere ser detectado sin esfuerzo por la víctima no podrá ser considerado medio comisivo en el delito que nos ocupa.

Para valorar la idoneidad del engaño deberán considerarse, primero, los criterios objetivos, mediante una valoración *ex ante* de los medios utilizados para generar el mismo; y, segundo, los criterios subjetivos, es decir, las circunstancias personales de la víctima en cada caso concreto.

El error consecuencia del engaño se puede lograr a través de múltiples formas que pueden ser de la más variada naturaleza, normalmente, el medio más utilizado es la proposición ficticia de ofertas de trabajo o la contratación simulada²²¹, también suele tomar forma a través de la seducción amorosa²²².

Existen autores como Hernández Plasencia²²³ que niegan la idoneidad del engaño que recae sobre las condiciones de trabajo, ya que el engaño

²¹⁹ MUÑOZ CUESTA, F.J. «Trata de seres humanos: aspectos más relevantes que configuran esta nueva figura criminal», en *Revista Aranzadi Doctrinal* 4/2011, p. 2. REQUEJO NAVEROS, M.T. «El delito de trata de seres humanos en el Código Penal español: Panorama general y compromisos internacionales de regulación», en ALCÁCER GUIRAO, R MARTÍN LORENZO, M. y VALLE MARISCAL DE GANTE, M. (Coords.), *La trata de seres humanos: persecución penal y protección de las víctimas*, op. cit., p. 38.

²²⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 15 de septiembre de 2014, Roj: SAP B 11117/2014.

²²¹ Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 17 de septiembre de 2001, Roj: STS 6859/2001, 22 de octubre de 2001, Roj: STS 8092/2001, 29 de noviembre de 2004, Roj: STS 7739/2004, entre otras. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 15 de septiembre de 2014, Roj: SAP B 11117/2014. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones. Estrategia de la UE para la erradicación de la trata de seres humanos (2012-2016) /* COM/2012/0286 final */. Acción 3.

²²² Sobre este extremo ya hemos profundizado al describir la figura del Lover boy. El Parlamento Europeo. Comisión de derechos de la mujer e igualdad de género. Sobre la aplicación de la Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas desde la perspectiva de género. Documento: 2015/2118(INI), párrafo 16.

²²³ HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.A. «El delito de tráfico de personas para su explotación sexual», en LAURENZO COPELLO, P. (coord.) *Inmigración y Derecho Penal*, op. cit., p. 147.

debe conectar con el bien jurídico protegido en el tipo. No podemos compartir ese criterio y refrendamos nuestra postura en la Ley modelo contra la trata²²⁴ que expresamente establece que el engaño o fraude pueden referirse a la naturaleza del trabajo o los servicios que la persona víctima de trata deberá realizar o sobre las condiciones en que la persona será forzada a realizar su trabajo o prestar sus servicios.

Para concluir, hemos de destacar por su relevancia y eficacia la utilización de nuevas tecnologías. Así la existencia de redes sociales, Facebook y Twitter, entre otras, posibilitan la existencia de identidades virtuales²²⁵ que facilitan la comisión del delito mediante engaño.

D) ABUSO DE UNA SITUACIÓN DE SUPERIORIDAD O DE UNA SITUACIÓN DE NECESIDAD O DE VULNERABILIDAD DE LA VÍCTIMA

En estos casos, será decisivo para apreciar la presencia de este medio comisivo, por un lado, la prueba de la existencia de abuso, y, por otro, la existencia de una situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad²²⁶.

En la definición que figura en el Protocolo de Palermo, en su artículo 3, se establece un vínculo entre el «acto» y el «medio»²²⁷. Por tanto, cuando se afirme que el medio empleado ha sido el abuso de una situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad deberá probarse que el autor

²²⁴ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, UNDOC. *Ley modelo contra la trata de personas*. Nueva York, 2010, p. 13.

²²⁵ SERRA CRISTÓBAL, R. y LLORIA GARCÍA, P. *La trata de sexual de mujeres. De la represión del delito a la tutela de la víctima*. Ministerio de Justicia, España, 2007, p. 33. En el mismo sentido, se pronuncia DE LEON VILLALBA, F.J. *Tráfico de personas e inmigración ilegal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 82 y 83, cuando señala que: «Internet es un valioso medio de comunicación, sin embargo, se ha convertido en un foro inmejorable para la multiplicación del tráfico y la promoción de otras formas de explotación sexual de mujeres y niños». DAUVERGNE, C. *Making people illegal: What globalization means for migration and law*, op. cit., p. 71, el autor sostiene que el mercado ha crecido a lo largo y ancho del mundo gracias a la globalización de las tecnologías.

²²⁶ SÁNCHEZ COVISA, J. «El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis», op. cit., p. 43. «Dada la generalidad e indefinición de los supuestos recogidos como la dificultad probatoria de los requisitos añadidos se comprenderá fácilmente que tanto el abuso de la situación de necesidad y de vulnerabilidad apenas tiene relevancia en la realidad forense».

²²⁷ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA LA DROGA Y EL DELITO, UNDOC. *Nota orientativa sobre el concepto de «abuso de una situación de vulnerabilidad» como medio para cometer el delito de trata de personas, expresado en el artículo 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niñas que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. Documento: V.12-56246 (s).

ha abusado de las merítadas circunstancias con el fin de captar, transportar, trasladar, acoger o recibir, incluido el intercambio o traspaso de control de la persona.

Por su parte, la Directiva 2011/36/ UE no incluye el abuso de las situaciones de necesidad o de vulnerabilidad, si bien ello no es en sí mismo motivo de objeción alguna.

Podemos afirmar²²⁸ que las tres modalidades de abuso descritas en el tipo tienen como elemento diferenciador, del resto de los medios comisivos, que en ellas no se recurre al medio comisivo como forma de doblegar la voluntad de la víctima. Por el contrario, las mismas necesariamente suponen un prevalimiento o abuso del sujeto activo respecto de la víctima limitando o anulando la voluntad de aquéllas²²⁹.

En cuanto al abuso, si se probase que la víctima tuvo la posibilidad de elegir una opción distinta a la de someterse al abuso, de conformidad con el artículo 177 *bis*, no se podrá apreciar la presencia de este medio comisivo.

D.1. Abuso de una situación de superioridad

El abuso de una situación de superioridad refiere la existencia de un desequilibrio de fuerzas entre el autor y la víctima que el autor aprovecha para perpetrar el delito²³⁰.

Para determinar que la situación de superioridad del sujeto activo es capaz de doblegar la voluntad de la víctima, deberá atenderse tanto a criterios objetivos mediante una valoración *ex ante*, como a criterios subjetivos donde se tengan en cuenta las circunstancias personales de la víctima²³¹.

²²⁸ REQUEJO NAVEROS, T. «El delito de trata de seres humanos en el Código Penal español», en ALCACER GUIRAO, R. MARTÍN LORENZO, M. y VALLE MARISCAL DE GANTE, M. *La trata de seres humanos: Persecución y Protección de las víctimas*, *op. cit.*, p. 38.

²²⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Gran Canaria de fecha 25 de septiembre de 2015, Roj: 2145/2015, y Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 15 de septiembre de 2014, Roj: SAP B 11117/2014. FISCALÍA ESPECIALISTA EN MATERIA DE EXTRANJERÍA. La trata de seres humanos, la inmigración clandestina y los derechos contra los ciudadanos extranjeros. Síntesis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. 2014, p. 7.

²³⁰ REQUEJO NAVEROS, T. «El delito de trata de seres humanos en el Código Penal español», en ALCACER GUIRAO, R. MARTÍN LORENZO, M. y VALLE MARISCAL DE GANTE, M. *La trata de seres humanos: Persecución y Protección de las víctimas*, *op. cit.*, p. 39.

²³¹ MAQUEDA ABREU, M. *El tráfico sexual de personas*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 56.

Esta previsión podrá aplicarse a supuestos en que la víctima se encuentra en una específica situación que permite al sujeto activo aprovecharse de la correlativa situación de inferioridad que se da en el sujeto pasivo²³². Situación que podrá manifestarse de múltiples formas: jerárquica, docente, laboral, dependencia económica, convivencia doméstica, parentesco²³³, amistad o vecindad²³⁴, excluyéndose la situación de superioridad que se genera por la minoría de edad o discapacidad de la víctima pues éstas son configuradas como causas de agravación de la pena.

De conformidad con la Circular 5/2011 de la Fiscalía General del Estado²³⁵: «Entre los supuestos de situación de superioridad o vulnerabilidad se comprenderán no solo los que tengan su causa en el pleno sometimiento de la víctima al padre, marido, patriarca o líder comunitario que todavía se producen en determinadas culturas, sino también aquellos en que la víctima se encuentre previamente tratada o en régimen asimilable a la esclavitud».

Esta modalidad comisiva es más específica que la agravante del abuso de superioridad. Así, ésta no será aplicable en el ámbito del delito de trata de seres humanos, al ser inherente la agravante homónima del artículo 22 párrafo 2º del Código Penal, y ello de conformidad con lo prescrito en el artículo 67 del mismo texto legal.

En cuanto al contenido del abuso de superioridad, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo²³⁶, exige la concurrencia de los elementos siguientes:

1º Que haya una situación de superioridad, es decir, un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte autora frente a la víctima, derivada de cualquier circunstancia, bien referida a los medios utilizados para

²³² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. *Lecciones de Derecho Penal, parte general*. Tirant lo Blanch, Valencia. 2010, p. 272.

²³³ La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de febrero de 2014, Roj: STS 487/2014, apreció la existencia de abuso de una situación de superioridad por la presencia de una relación de parentesco, entre víctima y autora, pues ambas eran primas. En la misma línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 24 de octubre de 2014, Roj: SAP M 12635/2014, aprecian la existencia de la meritada circunstancia por ser los sujetos activos hermanos y madre de la menor tratada.

²³⁴ MAQUEDA ABREU, M. *El tráfico sexual de personas, op. cit.*, p. 54.

²³⁵ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular 5/2011. *Sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración*, p. 1564. Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de marzo de 2010, Roj: STS 1488/2010.

²³⁶ Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de noviembre de 2006, Roj: STS 7474/2006.

agredir (superioridad medial) bien al hecho de que concurra una pluralidad de atacantes, siendo precisamente este último supuesto el más característico y el de mayor frecuencia en su aplicación (superioridad personal).

2º Que la superioridad existente tenga tal entidad que produzca una disminución considerable en las posibilidades de defensa de la víctima, sin que llegue a eliminarlas. Pues si esto ocurriera nos encontraríamos en presencia de la alevosía, que constituye así el límite superior de la agravante que estamos examinando. Por eso la jurisprudencia viene considerando esta agravante como una alevosía menor o de segundo grado.

3º A los elementos objetivos se debe añadir otro de naturaleza subjetiva, consistente en que haya abuso, esto es, que el agresor o agresores conozcan esa situación de desequilibrio de fuerzas y se aprovechen de ella para una más fácil realización del delito.

4º Que esa superioridad la que se abusa no sea inherente al delito, bien por constituir uno de sus elementos típicos, bien porque, por las circunstancias concretas, el delito necesariamente tuviera que realizarse así.

D.2. Abuso de una situación de necesidad

El Legislador español ha ampliado la enumeración de medios comisivos a lo prescrito por diversos Instrumentos Internacionales. Así, el Protocolo de Palermo refiere al abuso de autoridad o de poder y, por su parte, el Convenio de Varsovia y la Directiva 2011/36/UE hacen referencia al abuso de una situación de vulnerabilidad, mediante la inclusión del abuso de una situación de necesidad.

El artículo 177 *bis*, proporciona una interpretación auténtica e identifica el contenido del abuso en ambos supuestos cuando señala que «*existe una situación de necesidad o de vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso*²³⁷».

El Tribunal Supremo ha considerado como ejemplo de abuso de la situación de necesidad de la víctima, la extremada juventud, el descono-

²³⁷ El párrafo 1 del artículo 177 *bis* in fine constituye una transcripción, casi literal, del artículo 2.2, referido a la situación de vulnerabilidad, de la Directiva 2011/36/UE. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Informe sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal en Estudios, informes y dictámenes*, Madrid, 2013, p. 171. «(...) introducir la definición de situación de necesidad o vulnerabilidad del número 2 del artículo 2 de la Directiva 2011/36/UE; definición en términos demasiado abstractos». RESTA, F. «Schiavitù e sfruttamento fra vecchia e nuova disciplina», in *Giur di merito*, 11/2010, n° 11, p. 78.

cimiento del idioma y las costumbres españolas, la ausencia de amistades de confianza, situación ilegal en España, la existencia de discapacidad o cualquier otra condición similar²³⁸. En todo caso, la situación deberá tener una entidad suficiente como para que pueda ser equiparada a la situación de vulnerabilidad²³⁹.

Consideramos que el hecho de que el Legislador defina los medios comisivos de estado de necesidad o de vulnerabilidad de manera conjunta, dotando de igual contenido dos situaciones que son distintas²⁴⁰, provoca una situación de indeterminación conceptual que no es dable en derecho penal. Por tanto, nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado que habrá de ser concretado en cada caso concreto.

Por ello, no podemos si no afirmar que el presente medio comisivo es prescindible ya que contenido, naturaleza y significado que la vulnerabilidad, de forma que su incorporación al catálogo no hace sino distorsionar y confundir al operador jurídico al interpretar y aplicar la norma²⁴¹.

D.3. Abuso de una situación de vulnerabilidad

El Convenio de Varsovia²⁴², la Directiva 2011/36/UE, artículo 2 párrafo 2, y, en consecuencia, el artículo 177 *bis* del Código Penal, han

²³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de diciembre de 2005, Roj: STS 7485/2005.

²³⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C. «Políticas de criminalización de la prostitución: análisis crítico de su fundamentación y resultados», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3º Época, nº 7. 2012, p. 138. Propone que «puesto que el abuso de situación de necesidad se halla incriminado junto al de situación de vulnerabilidad será necesario para admitir que concurra que el sujeto pasivo no tenga otra alternativa real o posible salvo someterse al abuso». PECCIOLI, A.M. «Prime applicazioni in materia di riduzione in schiavitù e servitù», in *Diritto penale e processo*, nº 1/2006, p. 73 ss. El autor recalca el riesgo que surge de reconocer como situación de necesidad cualquier situación implícita en la situación de los sujetos pasivos. Así, pone como ejemplo el caso de personas procedentes de países de Europa del Este o del Tercer Mundo que están en una situación de pobreza evidente.

²⁴⁰ LAFONT NICUESA, L. «La adaptación del Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal en materia de trata de personas y de inmigración ilegal a los instrumentos normativos de la Unión Europea», *op. cit.*, p. 223.

²⁴¹ DAUNIS RODRÍGUEZ, A. *El delito de trata de seres humanos*. Tirant lo Blanch Valencia. 2013, p. 97. COBOS GÓMEZ DE LINARES M. A. «Trata de seres humanos: Art. 177 bis CP», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, *op. cit.*, p. 624 y 625.

²⁴² CONSEJO DE EUROPA. *Informe explicativo sobre la Convención del Consejo de Europa sobre la trata de seres humanos de 2005*, párrafo 83.

entendido como situación de vulnerabilidad aquella en que la víctima no tiene otra opción real y aceptable que la de someterse a la voluntad de quien quiere explotarla²⁴³.

Como en el caso de abuso de una situación de necesidad nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado que deberá ser valorado por el Juez en cada caso concreto²⁴⁴. En abstracto, la concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas²⁴⁵ e incluso de su nivel de desarrollo social y económico²⁴⁶.

En cuanto al momento en el que se hace abuso de una situación de vulnerabilidad, es un medio comisivo que puede presentarse tanto en el momento de la captación, del transporte, como en el momento de la recepción o acogimiento y puede emplearse en relación con todas las formas de trata y para todos los fines de explotación enumerados en el Código²⁴⁷.

Según el Diccionario de Uso del Español²⁴⁸ una persona vulnerable es aquella susceptible de ser herida, en cualquier acepción, de recibir un daño o perjuicio, de ser afectada, conmovida, convencida o vencida por algo.

²⁴³ NACIONES UNIDAS. «*Travaux préparatoires*» de las negociaciones para la elaboración de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. Nueva York. 2008.

²⁴⁴ OTERO GONZÁLEZ, P. »El delito de acoso sexual en Derecho Penal Español», en *Derecho Penal, Parte Especial (I)*. Director ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. Tirant lo Blanch Valencia. 2011, p. 630.

²⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de septiembre de 2005, Roj: STS 5467/2005: «*Durante ese periodo de tiempo, aprovechando la situación de precariedad, desamparo y necesidad en que se encontraban las mencionadas chicas, pues desconocían la ciudad, el idioma, carecían de dinero y de la posibilidad de comunicar incluso telefónicamente de forma libre con personas de su confianza*».

²⁴⁶ En el contexto de la Unión Europea, COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. *Estrategia de la UE para la erradicación de la trata de seres humanos (2012-2016)*. Documento: * COM/2012/0286 final *.

²⁴⁷ OFICINA DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. UNODOC. *Nota orientativa sobre el concepto de «abuso de una situación de vulnerabilidad» como medio para cometer el delito de trata de personas, expresado en el artículo 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. Viena. 2012. Punto 2.7.

²⁴⁸ MOLINER, M. *Diccionario de Uso del Español*. Gredos, Madrid. 1998, p. 1430.

En cuanto al concepto de vulnerabilidad, cabrá hacer dos aproximaciones, en todo caso, complementarias²⁴⁹. La primera, desde la perspectiva de la víctima del delito, supone que podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: «*la edad*²⁵⁰, *la discapacidad*, *la enfermedad*²⁵¹, *la pertenencia a comunidades indígenas*²⁵² o a *minorías*²⁵³, *la victimización*, *la migración*²⁵⁴ y *el desplazamiento*²⁵⁵, la

²⁴⁹ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA LA DROGA Y EL DELITO, UNDOC. *Nota orientativa sobre el concepto de «abuso de una situación de vulnerabilidad» como medio para cometer el delito de trata de personas, expresado en el artículo 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niñas que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. Documento: V.12-56246 Punto 2.13. En el mismo sentido, PAZMIÑO GRANIZO, E. *Las 100 Reglas de Brasilia: derechos humanos y acceso a la justicia para personas y grupos de atención prioritaria*. Defensoría Pública. Ecuador, 2011, p. 11-14.

²⁵⁰ Por supuesto siempre que no sea menor pues en ese caso sería de aplicación el párrafo 2 o 4 del artículo 177 bis.

²⁵¹ Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 29 de noviembre de 2004, Roj: STS 7739/2004, 20 de diciembre de 2004, Roj: STS 8281/2004, y 31 de octubre de 2005, Roj: STS 6643/2005.

²⁵² El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales establece la obligación, artículo 20 apartado 3 epígrafe c), de asegurar que «*Los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sujetos a sistemas de contratación coercitivos, incluidas todas las formas de servidumbre por deudas (...)*».

²⁵³ El Auto del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo del 2013, dictado a propósito de un delito de favorecimiento del tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas del art. 318 bis CP y de un delito de determinación al ejercicio de la prostitución, abusando de la situación de necesidad de la víctima, en grado de tentativa, del art. 188.1 CP consideró como circunstancia de vulnerabilidad la comisión «*aprovechando su especial vulnerabilidad por su condición de transexual sin medios económicos y sin apoyo alguno en España*». En supuestos de determinación coactiva al ejercicio de la prostitución, artículo 188. 1 Código Penal, ha establecido como circunstancias de vulnerabilidad «*enfermedad u otra condición similar*».

²⁵⁴ COMISIÓN DE DERECHOS DE LA MUJER E IGUALDAD DE GÉNERO. *Opinión de la comisión de derechos de la Mujer e Igualdad de Género para la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, sobre la delincuencia organizada en la Unión Europea*. Documento: 2010/2309(INI), párrafo F.

²⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de mayo de 2005, Roj: STS 3465/2005: «*“Monja”, “Gatita” y “Gordi”, viéndose sin documentación acreditativa de su identidad, sin dinero, en un país extranjero, y sin otro contacto en el mismo que no fuera los que tenían con los acusados, accedieron a lo que Plácido Ana María les exigían (prostituirse) como única forma de pagar su deuda y volver a Brasil cuanto antes*».

*pobreza*²⁵⁶, *el género la privación de libertad y el desconocimiento del idioma*²⁵⁷».

En esa línea, Mariño Menéndez²⁵⁸ configura siete categorías diferenciadas de vulnerabilidad, por razón de sexo, determinadas condiciones psicosomáticas como la edad, la discapacidad física o mental o la orientación sexual, la condición socioeconómica, es decir, vivir bajo el umbral de la pobreza, la pertenencia a un grupo diferenciado dentro de la población, entendiéndose por éste una minoría; o la nacionalidad.

En muchos supuestos será apreciable una situación de vulnerabilidad por discriminación múltiple²⁵⁹, es decir por más de un motivo.

La segunda, desde la valoración de la situación de la víctima en relación con su contexto. Desde esa perspectiva, la condición de vulnerabilidad se compone de una relación heterogénea de riesgos sociales, naturales y económicos y las necesidades, recursos y estrategias de las que goza un individuo. Pues cuando una persona se encuentra en situación de vulnerabilidad, su capacidad para valerse por sí mismo se reduce o se limita considerablemente.

Para determinar si es razonable la creencia de la víctima de que no tenía otra opción real o aceptable deben tenerse en cuenta sus características y circunstancias personales²⁶⁰.

²⁵⁶ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso trabajadores de la hacienda Brasil verde vs. Brasil, de fecha 20 octubre de 2016. Voto razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párrafo 7, entre otros.

²⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de marzo de 2005, Roj: STS 1701/2005.

²⁵⁸ MARIÑO MENÉNDEZ, F. «Introducción: aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el derecho europeo», en MARIÑO MENÉNDEZ, F. y FERNÁNDEZ LIESA, C. *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo*. Universidad Carlos III, Madrid, 2001, p. 23-24.

²⁵⁹ AGENCIA EUROPEA PARA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. *European Union Minorities and Discrimination Survey (EU-MIDIS) 5 Data in Focus Report: Multiple Discrimination*. Vienna. February, 2011, p. 3. CHUECA SANCHO, A. «Vulnerabilidad de las mujeres, principio de igualdad y no discriminación y derechos humanos», en MARIÑO, F.M. (Dir.), *Feminicidio el fin de la impunidad*. Tirat lo Blanch, Valencia. 2013, p. 38.

²⁶⁰ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA LA DROGA Y EL DELITO, UNDOC. *Nota orientativa sobre el concepto de «abuso de una situación de vulnerabilidad» como medio para cometer el delito de trata de personas, expresado en el artículo 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niñas que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. Documento: V.12-56246. Punto 2.13. En el mismo sentido, PAZMIÑO GRANIZO, E. *Las 100 Reglas de Brasilia: derechos humanos y acceso a la justicia para personas y grupos de atención prioritaria*. Defensoría Pública. Ecuador, 2011, p. 11-14.

Por otro lado, puede distinguirse entre la vulnerabilidad ya existente y la vulnerabilidad creada. La vulnerabilidad ya existente, puede definirse²⁶¹ como la: «condición que resulta de la forma en que los individuos experimentan negativamente la compleja interacción de los factores sociales, culturales, económicos, políticos y ambientales que conforman el contexto de sus respectivas comunidades» y deberán incluirse aquellos casos en los que las víctimas presentan «especiales dificultades para rechazar la explotación a la cual las personas son sometidas».

Desde el prisma de la vulnerabilidad creada, deberá considerarse la situación de la víctima en su contexto²⁶². La Organización de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito²⁶³ establece un nexo entre la existencia de determinadas situaciones y las vulnerabilidades creadas. El Consejo de Europa²⁶⁴ subsume dentro de situación de vulnerabilidad, una situación administrativa precaria o ilegal, una situación de dependencia económica o un estado de salud frágil. Es decir, se trataría de un conjunto de circunstancias que pueden conducir a un ser humano a aceptar su explotación²⁶⁵.

²⁶¹ NACIONES UNIDAS. An Introduction to Human Trafficking: Vulnerability, Impact and Action. Nueva York, 2008, p. 23. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA LA DROGA Y EL DELITO, UNDOC. *Nota orientativa sobre el concepto de «abuso de una situación de vulnerabilidad» como medio para cometer el delito de trata de personas, expresado en el artículo 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niñas que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. Documento: V.12-56246 Punto 2.5.

²⁶² MACAGNO, M. E. «Algunas consideraciones sobre los nuevos delitos de trata de personas con fines de explotación (artículos 145bis y 145 ter CP)», *op. cit.*, p. 74.

²⁶³ OFICINA DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. UNDOC. *Issue Paper on abuse of a position of vulnerability and other means within the definition of trafficking in persons*. New York, 2012, p. 23, p. 7 y 8. Hace una distinción importante entre varios tipos de vulnerabilidad: «(1) vulnerabilidad preexistente que es intrínseca a la víctima; y (2) las vulnerabilidades que son creadas por las circunstancias externas, ya sea por el explotador / s personalmente o por circunstancias externas, tales como políticas de estado (por ejemplo, el estado de la migración irregular)».

²⁶⁴ CONSEJO DE EUROPA. *Informe explicativo sobre la Convención del Consejo de Europa sobre la trata de seres humanos de 2005*. Strasburgo, 2005. Párrafo 83.

²⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7 de marzo del 2013, Roj: STS 1117/2013, que sienta: «La “especial vulnerabilidad” supone una situación de desvalimiento en que la víctima puede encontrarse frente a su agresor que le sitúa en un plano de clara inferioridad, lo que es aprovechado por éste».

Naciones Unidas²⁶⁶ propone elaborar indicadores de las condiciones de la vulnerabilidad en relación con los temas siguientes: la niñez, el género, la pobreza, la exclusión social y cultural, la educación limitada, la inestabilidad política, la guerra y los conflictos, los marcos sociales, culturales y jurídicos, el desplazamiento impuesto por coacción y la demanda.

Desde otra órbita, las Reglas de Brasilia²⁶⁷ sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad establecen: «*Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.*

En este sentido se ha dicho que las 100 Reglas de Brasilia configuran nuevas formas de subjetividad poniendo al descubierto la discriminación, la fragmentación y la marginalidad e imponiendo al órgano judicial el deber de hacerse cargo de que la edad, el sexo, el estado físico o mental, la discapacidad, la pertenencia a minorías o a comunidades indígenas, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, la privación de libertad, las condiciones socioeconómicas hacen vulnerables a millones de personas más allá de que el derecho los declare iguales²⁶⁸.

E) MEDIANTE LA ENTREGA O RECEPCIÓN DE PAGOS O BENEFICIOS PARA LOGRAR EL CONSENTIMIENTO DE LA PERSONA QUE POSEYERA EL CONTROL SOBRE LA VÍCTIMA

Este medio comisivo se incluye por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico penal por la reforma del Código Penal operada mediante la ya mencionada Ley Orgánica. El Consejo del Poder Judicial, ya en su informe al anteproyecto de Ley Orgánica 5/2010, llamó la atención

²⁶⁶ OFICINA DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. UNDOC. *An Introduction to Human Trafficking: Vulnerability, Impact and Action*. Nueva York, 2008, p. 23.

²⁶⁷ Adoptadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en marzo de 2007 en Brasil. La conexión entre distintas causas de vulnerabilidad ha sido patentizada por COOMARASWAMY, R. *Informe sobre la trata de mujeres, la migración de mujeres y la violencia contra la mujer*. 2000. Documento n° E/CN.4/2000/68, párrafo 55.

²⁶⁸ RUIZ, A. E. «Asumir la Vulnerabilidad», en *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad*. Comentario. Publicado por Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2008, p. 128.

sobre la falta de inclusión de este medio comisivo pero no fue objeto de consideración por el legislador en aquel momento, si lo ha sido ahora²⁶⁹.

Este medio demuestra la estrecha vinculación del actual delito de trata, con el concepto tradicional de trata de esclavos. La redacción de esta finalidad supone la cosificación del ser humano sobre el que terceras personas ejercen un atributo de la propiedad²⁷⁰. De este modo, con la utilización de este medio comisivo, lo que se pretende obtener no es el consentimiento de la propia víctima sino el de quien ejerce la propiedad sobre ésta²⁷¹.

El Legislador ha pretendido tipificar todas las formas de transmisión de la propiedad. Quien se vale de la concesión o recepción de pagos o beneficios, está, literalmente «comprando» a la víctima²⁷². Este medio representa el clásico ánimo de lucro que se materializa mediante la entrega de un precio²⁷³ o la recepción de beneficios. Ello significa que si el dominio sobre la víctima se logra a través de un beneficio económico, dación, permuta, aval, un pago en dinero de curso legal, o de cualquier otra concesión que se realice, promesas o ventajas de cualquier naturaleza, el delito se verá perfeccionado²⁷⁴.

²⁶⁹ LAFONT NICUESA, L. «La adaptación del Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal en materia de trata de personas y de inmigración ilegal a los instrumentos normativos de la Unión Europea», *op. cit.*, p. 221. FERNÁNDEZ OLALLA, P. *Perspectiva de la investigación y persecución del delito de trata de seres humanos. análisis de la reforma del art. 177 bis por la ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal*, *op. cit.*, p. 8.

²⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de marzo de 2007, Roj: STS 1637/2007. SÁNCHEZ COVISA, J. «El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis», *op. cit.*, p. 43.

²⁷¹ ALESSIO, A. J. *Código Penal comentado y anotado. Parte Especial. La Ley*, Buenos Aires 2009, p. 464.

²⁷² COBOS GÓMEZ DE LINARES M. A. «Trata de seres humanos: Art. 177 bis CP», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, *op. cit.*, p. 622.

²⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2008, Roj: STS 7263/2008: «Una vez que regresó José Augusto con los compañeros con los que había llegado, tras haber salido del chalet para comprar tabaco, le informaron que había sido vendida por su novio al que habían abonado 5.000 euros y que el trabajo que le esperaba no era otro que el de dedicarse al ejercicio de la prostitución para conseguir, al menos, recuperar la cantidad abonada».

²⁷⁴ COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A. «Trata de seres humanos. Art. 177 bis CP», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal*, *op. cit.*, p. 622. Este autor es crítico con la redacción adoptada al estimar que el término

En conclusión, entendemos²⁷⁵ que una interpretación teleológica permitirá incluir bajo la definición del término beneficio, la promesa o la mera expectativa de lograrlo, es decir, el beneficio futuro.

1.5. Problemas de autoría y participación

Comenzar destacando que el delito que nos ocupa no planteará problemas específicos de autoría y participación, por lo que se aplicarán las reglas generales previstas en el Código Penal. De este modo, cuando se presente un supuesto en el que el sujeto activo sea un único individuo los hechos le serán imputados a título de autor.

Por el contrario, mayores dificultades surgirán cuando la conducta sea realizada por una pluralidad de personas que concurran para la consecución delictiva. Así, será en esta sede donde podrán producirse las mayores dificultades procesales pues, habitualmente, existirá una pluralidad de intervinientes que colaboran de forma fraccionada en cada una de las diferentes fases delictuales²⁷⁶. Las conductas que podrían constituir formas de participación en hecho ajeno, deberán estimarse como de manifestaciones de autoría²⁷⁷.

Dada la escasa jurisprudencia sobre este particular destacaremos la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de abril de 2015²⁷⁸, en ella el acusado amenazaba a la víctima con venderla y así se consiguió doblegar la voluntad de la víctima menor de edad. Lo que el Tribunal Supremo

«beneficios» puede dar lugar «a múltiples elucubraciones en Juicio con las consecuencias para la probanza de los hechos, sobre si el imputado obtuvo o no beneficios, máxime si son de futuro». En consecuencia, el autor propone su sustitución por el de recompensa o promesa por su claridad ya que «recompensa» tiene una connotación de presente o de futuro inmediato y puede ser de cualquier índole, y «promesa» indudablemente se refiere a beneficios de futuro de cualquier clase.

²⁷⁵ LAFONT NICUESA, L. «La adaptación del Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal en materia de trata de personas y de inmigración ilegal a los instrumentos normativos de la Unión Europea», *op. cit.*, pp. 221 y 222.

²⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de abril de 2015, Roj: STS 1502/2015, señala que conforme a la cual la acción de alojar a la víctima, con conocimiento de su introducción en España, tras una captación con destino a la explotación sexual, convierte a quien lo lleva a cabo en autor de un delito tipificado en el artículo 177 bis del Código Penal.

²⁷⁷ CUERDA ARNAU, M.L. «Torturas y otros delitos contra la integridad moral. Trata de Seres Humanos», en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.) *Derecho Penal, Parte Especial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 197.

²⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de abril de 2015. Roj: STS 1502/2015.

SEGUNDA LECTURA

Feliini, Z. y Morales Deganut, C. (2018). El delito de trata de personas en la legislación argentina. En Feliini, Z. y Morales Deganut, C. (2018). El delito de trata de personas (2 Ed.). Buenos Aires, Argentina. Editorial Hammurabi, pp. 27-72.

Se aborda el estudio del tratamiento del delito de trata de personas en la legislación argentina (objeto de protección, figura básica y formas agravadas del tipo penal)

2ª EDICIÓN

ZULITA FELLINI
CAROLINA MORALES DEGANUT

Delito de trata de personas

BIENES PROTEGIDOS: DIGNIDAD, HONOR, IDENTIDAD, ESTADO CIVIL,
LIBERTAD, INTEGRIDAD SEXUAL, SALUD PSICOFÍSICA. SUJETOS.
ACCIONES TÍPICAS. CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA. AGRAVANTES.
EXPLOTACIÓN LABORAL: SERVIDUMBRE, ESCLAVITUD, TRABAJO FORZADO.
EXPLOTACIÓN SEXUAL: PROSTITUCIÓN, PORNOGRAFÍA, MATRIMONIO
FORZADO. EXTRACCIÓN DE ÓRGANOS. **TRATA DE NIÑOS:** LA ENTREGA
Y LA MAL LLAMADA «ADOPCIÓN ILEGAL»

JURISPRUDENCIA SELECCIONADA

colaboración de **MAIA ANUSH RAVICOVICH**

Delitos de
competencia federal,
penal económico
y tributario

6

Enrique Bacigalupo
Esteban Righi
dirección

h

hammurabi
JOSE LUIS DEPALMA EDITOR



© Copyright by
editorial hammurabi s.r.l.

Talcahuano 481 - 4° piso
C1013AAI - Buenos Aires - Argentina
Tel.: (54-11) 4382-3586 — líneas rotativas—
E-mail: info@hammurabi.com.ar - www.hammurabi.com.ar

- twitter.com/hammurabi_srl
- facebook.com/libreriahammurabi
- youtube.com/libreriahammurabi

Producción integral



concept design

de **FERNANDO LUCAS DEPALMA**
Tel.: 4382-2080 (líneas rotativas)

Esta edición se terminó de imprimir
en el mes de octubre de 2018
en «**Docuprint S.A.**»
Tacuarí 123, Buenos Aires - Argentina

Hecho el depósito de ley 11.723
Derechos reservados
Prohibida su reproducción total o parcial

Impreso en Argentina / Printed in Argentina
ISBN: 978-950-741-948-5 (rústica)

ZULITA FELLINI - CAROLINA MORALES DEGANUT

DELITO DE TRÁTA DE PERSONAS

2ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2018
254 ps., 23 x 16 cm.

DELITOS DE COMPETENCIA FEDERAL, PENAL ECONÓMICO Y TRIBUTARIO - 6

ENRIQUE BACIGALUPO - ESTEBAN RIGHI dirección

ISBN: 978-950-741-948-5

1. Derecho penal. I. Título I

CDD 345

Fecha de catalogación: 2/10/2018

CAPÍTULO II

EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

§ 2. Introducción

En la Argentina rige finalmente, a partir de 2012, la ley 26.842 que reformó los contenidos en la anterior ley 26.364 aplicable al delito de trata de personas.

En 2008, mediante la reforma introducida por la ley 26.364, se incluyó en el CP el delito de trata de personas dentro del título de "Delitos contra la libertad". Los artículos destinados al tratamiento de este fueron los arts. 145 *bis* y 145 *ter*, que en 2012, conforme a la ley 26.842, fueron nuevamente modificados en su texto¹.

Esta última ley, entre otras modificaciones, derogó los arts. 127 *bis* y 127 *ter* del CP, referidos a la trata con fines de explotación de la prostitución de mayores y menores².

Por medio de la ley 26.364 el Estado nacional ha cumplido con la obligación emergente de su compromiso asumido al ratificar el Protocolo de Palermo: "Protocolo pa-

¹ La ley 26.364 estableció la incorporación al CP de los arts. 145 *bis* y 145 *ter*, donde se enuncian los supuestos de configuración del delito de trata de mayores y de menores, respectivamente.

A partir de la ley 26.842 se sustituyó el texto de ambos artículos destinando el art. 145 *bis* al tratamiento de la figura básica de trata y el art. 145 *ter* a los tipos agravados.

² El art. 127 *bis*, incorporado al CP por ley 25.087, establecía que "el que promoviere o facilitare la entrada o salida del país de menores de dieciocho años para que ejerzan la prostitución, será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a diez años. La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando la víctima fuere menor de trece años.

Cualquiera que fuese la edad de la víctima, la pena será de prisión o reclusión de diez a quince años cuando mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente o encargado de su educación o guarda".

En tanto, el art. 127 *ter* preveía que sería reprimido con pena de reclusión o prisión de tres a seis años "el que promoviere o facilitare la entrada o salida del país de persona mayor de dieciocho años para que ejerza la prostitución mediando engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción".

ra Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños", que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobado en el país mediante ley 25.632 de 2002.

La redacción contenida en la ley de 2008 establecía los tipos penales de forma prácticamente textual al art. 3º del Protocolo. Con gran acierto, la reforma de 2012 se apartó de tales lineamientos permitiendo que se abarque una mayor cantidad de casos al eliminar de la figura básica elementos del tipo, que se trasladaron a la figura agravada. Consiguientemente la redacción de los artículos quedó de la siguiente manera:

Art. 45 bis. — "Será reprimido con prisión de cuatro a ocho años, el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediare el consentimiento de la víctima".

Art. 45 ter. — "En los supuestos del art. 145 bis la pena será de cinco a diez años de prisión, cuando:

- 1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.*
- 2. La víctima estuviere embarazada, o fuere mayor de setenta años.*
- 3. La víctima fuera una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma.*
- 4. Las víctimas fueren tres o más.*
- 5. En la comisión del delito participaren tres o más personas.*
- 6. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.*
- 7. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.*

Quando se lograra consumar la explotación de la víctima objeto del delito de trata de personas la pena será de ocho a doce años de prisión.

Quando la víctima fuere menor de dieciocho años la pena será de diez a quince años de prisión".

Si bien significa un gran avance que se haya legislado respecto de estos delitos, la técnica empleada resulta criticable. Las acciones típicas del delito constituyen comportamientos estereotipadamente inocuos, donde se suma la finalidad de explotación que, al no exigir el tipo penal que ella se concrete para su consumación, deriva en la construcción de un tipo abierto donde será tarea del juez considerar en el caso concreto si esta existe o no.

Esas finalidades se establecen taxativamente en el art. 2° de la ley 26.364, modificado por ley 26.842:

“a) Cuando se redujere o mantuviere a una persona en condición de esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad; b) cuando se obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados; c) cuando se promoviere, facilitare o comercializare la prostitución ajena o cualquier otra forma de oferta de servicios sexuales ajenos; d) cuando se promoviere, facilitare o comercializare pornografía infantil o la realización de cualquier tipo de representación o espectáculo con dicho contenido; e) cuando se forzare a una persona al matrimonio o cualquier tipo de unión de hecho; f) cuando se promoviere, facilitare o comercializare la extracción forzosa o ilegítima de órganos, fluidos o tejidos humanos...”³.

Como se ha dicho, los tipos penales mencionados requieren que las acciones que se describen tengan por objeto la finalidad de explotación. Pero esa finalidad de explotación no está definida en el mismo tipo penal, de modo tal que además de remitir a otra norma legal para completar el mismo, se hace necesaria la interpretación judicial en cada caso. Esta modalidad legislativa afecta sin duda la construcción del tipo garantía, y por ende, el principio de legalidad, que determina la seguridad debida en los Estados democráticos de derecho, que requiere conocer con certeza las conductas prohibidas, y las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la ley.

Parte de la doctrina⁴ afirma que en estos casos se estaría en presencia de una ley penal en blanco. En esta clase de leyes está determinada la sanción, pero el precepto a que se asocia esa consecuencia no está formulado más que como una prohibición genérica, donde de acuerdo a cada caso el complemento puede hallarse contenido en la misma ley, en otra ley emanada de la misma instancia legislativa, o en otra norma de menor jerarquía⁵. En el caso del delito analizado, para completar la comprensión del tipo penal se debió recurrir a la ley que describe los supuestos de explotación.

Desde 2015, por ley 27.146 se trata de un delito de competencia federal⁶.

Como el delito de trata de personas por lo general se produce con la acción concurrente de otros delitos, con anterioridad a la sanción de la ley 27.146, no existía

³ La ley 26.842 derogó el art. 4° de la ley 26.364 e introdujo en el art. 2° los supuestos aquí analizados.

⁴ En tal sentido se puede confrontar Binding, Mezger, Maurach, Roxin, Jiménez de Asúa; entre nosotros, Fontán Balestra, Zaffaroni, Righi, Bacigalupo, Rusconi, Barbitta, y otros.

⁵ Fontán Balestra, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 1966, t. I, p. 218 y siguiente.

⁶ Ley 27.146 de Organización y Competencia de la Justicia Federal y Nacional Penal, art. 11, inc. e): *“Competencia material penal federal. La Justicia Federal Penal será exclusivamente competente para entender en los siguientes delitos: ... Los previstos en los arts. 142 bis, 142 ter, 145 bis, 145 ter, 149 ter, inc. 2°, 170, 189 bis (1), (3) y (5), 212, 213 bis y 306 del CP. También entenderá respecto de los delitos agravados en los términos del art. 41 quinquies del CP...”*

conformidad respecto de qué competencia correspondía aplicar, si la ordinaria o la federal. La Corte se había expresado respecto de la última para este delito, sin perjuicio de que los casos de explotación contemplados en los arts. 125 *bis*, 126, 127, 140 del CP, entre otros, resulten de competencia ordinaria.

Al respecto, se ha sostenido que sin lugar a dudas pertenecen a la justicia federal aquellos casos en que el delito de trata de personas concurre idealmente con la forma de explotación⁷.

Por la gravedad de este delito el Código Penal prevé disposiciones especiales en la Parte General. Al respecto, el art. 20 *bis*⁸ establece que en el caso del delito que se analiza la inhabilitación especial será perpetua cuando el autor se hubiere valido de su empleo, cargo, profesión o derecho para la comisión. El art. 23⁹ prescribe que en el caso de condena impuesta, queda comprendido entre los bienes a decomisar la

⁷ Vázquez Berrostequieta, *Competencia penal de los tribunales federales*, en colección "Delitos de competencia federal, penal económico y tributario", n° 4, 2016, p. 97 y siguiente.

Al respecto, la Corte Suprema ha dicho: "Corresponde que la justicia federal —y no la ordinaria— conozca la presunta infracción al art. 145 *ter*, inc. 1° del CP si las circunstancias dan cuenta de un cuadro de situación que impide descartar, al menos de momento, la existencia de conductas en infracción a la ley de sanción y prevención de la trata de personas a lo que se suman las lesiones verificadas en la víctima junto con los informes practicados lo que revela que resulta de fundamental importancia mantener y promover la competencia del fuero de excepción —del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite—. (CSJN, 13/12/16, "Porta, Silvia Viviana y otros s/Infracción art. 145 *ter*, párr. 1°, fallo 16000119).

"Deberá entender la justicia federal, en una causa iniciada a partir de la denuncia de una persona que manifestó haber sido explotada sexualmente, junto a otras mujeres de distintas nacionalidades habida cuenta que la estrecha vinculación que suele existir entre el delito de trata de personas y los relacionados con la facilitación, promoción y explotación de la prostitución ajena, hace necesaria la determinación de las circunstancias en que aquellas ingresaron y fueron recibidas en el país, como así también las condiciones por las cuales permanecían en el lugar para recién, en su caso, poder descartar que no haya existido un proceso de captación o reclutamiento previos e, incluso, un traslado rotativo en los términos de los arts. 145 *bis* y *ter* del CP. La intervención de los jueces nacionales es prioritaria en toda investigación que pudiese implicar el delito de trata de personas, hasta tanto no sea descartada definitivamente la existencia de hechos que afecten el interés federal comprometido (del dictamen de la Procuración General al que adhirió la Corte)". (CSJN, 7/3/17, "G., M.O. s/Infracción art. 125 *bis* del CP", fallo 17000008).

"Deberá entender la justicia federal en el marco de una contienda positiva de competencia suscitada en una causa iniciada con motivo de una información periodística en la cual se investiga la existencia de una presunta red de trata de personas habida cuenta que la experiencia recogida en la materia revela que no es posible descartar que en hechos de dichas características no exista o haya existido un proceso de captación o reclutamiento previos, resulta de fundamental importancia mantener y promover la competencia del fuero federal para asegurar la eficacia de la norma que reprime la trata de personas". (CSJN, 27/3/18, N.N. s/Infracción ley 26.364, fallo 18000013).

⁸ Párrafo introducido por ley 27.206, BO, 10/11/15.

⁹ Párrafo introducido por ley 26.842, BO, 27/12/12.

cosa mueble o inmueble donde se mantuviera a la víctima privada de su libertad u objeto de explotación y que los bienes decomisados con motivo de tales delitos y el producido de las multas que se impongan, serán afectados a programas de asistencia a la víctima. Conforme al art. 41 *ter*¹⁰, las escalas penales previstas en los arts. 145 *bis* y 145 *ter* podrán reducirse en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo respecto de los partícipes o encubridores que, durante la sustanciación del proceso o antes de su iniciación, proporcionen información que permita conocer el lugar donde la víctima se encuentra privada de su libertad, o la identidad de otros partícipes o encubridores del hecho, o cualquier otro dato que posibilite su esclarecimiento. Y respecto a la prescripción, el art. 67¹¹ reza que se suspende la misma mientras la víctima sea menor de edad, hasta que cumplida la mayoría de edad, formule por sí la denuncia, o ratifique la formulada por sus representantes legales durante su minoría de edad. Si como consecuencia de cualquiera de los delitos indicados hubiera ocurrido la muerte del menor de edad, comenzará a correr desde la medianoche del día en que aquel hubiera alcanzado la mayoría de edad.

§ 3. Bienes jurídicos protegidos

El delito en cuestión vulnera bienes jurídicos tales como la dignidad, la libertad en sus distintas modalidades, la libre disposición de la sexualidad y el derecho a la autodeterminación. En estos casos, precisamente la dignidad humana, sin duda, pasa a ser un interés primordial inserta en el concepto de honor.

Lo mismo ha sido señalado en el debate legislativo de la ley 26.842 donde se ha enumerado el amplio espectro de bienes jurídicos que se desearon proteger, definidos como la dignidad; la libertad; la identidad; la integridad física y psíquica y la seguridad de las personas; el derecho a no ser sometido a torturas ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; la libertad de circulación; el derecho a fundar un hogar y una familia; el derecho al mayor nivel posible de salud y el derecho a la educación¹².

En la labor parlamentaria donde se decidió la inclusión del delito de trata de personas al Código Penal argentino, se optó por hacerlo dentro del título que afecta la libertad. Es necesaria una reflexión respecto de la ubicación del mismo, que también es indicativa de la prioridad que merece en el tratamiento de los comportamientos que ellos vulneran. En tal sentido, hubiera sido sistemáticamente correcto que figuren entre los delitos que afectan el honor y no la libertad, sin perjuicio de que también la libertad debe ser considerada como bien que se perjudica por las ac-

¹⁰ Texto sobre ley 26.364, *BO*, 30/4/08.

¹¹ Texto sobre ley 27.206, *BO*, 10/11/15.

¹² Del voto del senador Sanz, versión taquigráfica (provisional), Cámara de Senadores de la Nación, 10ª Reunión, 8ª Sesión ordinaria, 31/8/11, p. 39.

ciones referidas en los artículos que se mencionan. El concepto de honor, en sentido amplio, es comprensivo de la dignidad humana. En todo caso la sutil diferencia es un reconocimiento de la gravedad que el delito en cuestión implica, teniendo en cuenta la ponderación de los bienes jurídicos afectados por el mismo.

Las acciones enunciadas en el injusto típico implican por sí solas la consumación del delito, aun cuando no se produzca la explotación, sin perjuicio de la agravante prevista en el art. 145 ter, y la posible concurrencia con otros tipos penales, que den origen a la figura del concurso de delitos. Esto es lo que se conoce en doctrina como delito de resultado cortado¹³.

El conocimiento de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico es una noción determinante de la voluntad del autor.

a) Dignidad

Hay una grave amenaza y vulneración a la dignidad de la persona cuando alguien trata a un ser humano como un objeto con valor de mercado.

Si bien el interés jurídico no se encuentra expresamente mencionado entre las declaraciones, derechos y garantías enunciados en la Constitución Nacional, puede inferirse que es uno de los derechos implícitos a los que refiere el art. 33 de la misma¹⁴. Además se halla en los instrumentos internacionales que han sido incorporados a ella en 1994 por el art. 75, inc. 22¹⁵, donde la honra y la dignidad son conceptos desarrollados como una característica de la persona que merece ser protegida.

Así el art. 11.1 de la CADH se refiere indistintamente a la honra y a la dignidad.

¹³ Sobre este tipo de estructura típica, se informa en el análisis posterior referido al tipo subjetivo.

¹⁴ Art. 33.— *"Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno"*.

¹⁵ Art. 75.— *"Corresponde al Congreso: ... Inc. 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.*

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; 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; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el art. 5º menciona los ataques abusivos a la honra del individuo, a su reputación y a su vida privada y familiar.

La Declaración Universal de Derechos Humanos se refiere a la dignidad en su art. 1º diciendo que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se alude a la dignidad con la que debe ser tratada la persona privada de su libertad en su art. 10.1 y en el art. 17.1 prevé que nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada, ni ataques ilegales a su honra y reputación. Este es el sentido que se le otorga en el CP argentino cuando en el art. 110 se infieren estos conceptos.

La Constitución española también ha elevado a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, siendo un valor espiritual y moral inherente a ella, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida, llevando consigo la necesaria pretensión de respeto por parte de los demás. Así proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1 de la Constitución española implica que la dignidad ha de permanecer inalterada no obstante la situación en que la persona se encuentre, constituyendo un mínimo invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que cualesquiera sean las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales, no deben conllevar menoscabo para la dignidad y estima de los seres humanos.

Por ello, es obvio que la posible regulación legal de las intervenciones corporales, así como su ejecución práctica, no puede suponer en ningún caso la degradación de dicha dignidad, so pena de incurrir en inconstitucionalidad¹⁶.

La dignidad del individuo constituye un bien jurídico indisponible, ajeno al objeto de cualquier transacción¹⁷.

b) Honor

El sentido social del honor en una acepción más democrática se equipara al de la dignidad humana, llegándose a erigir el respeto a la dignidad en principio constitucional e inclusive universal (art. 12, DUDH).

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional".

¹⁶ Gil Hernández, *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, 1995, p. 48 y siguientes.

¹⁷ Art. 279, CCCN: "Objeto. El objeto del acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea".

La palabra "honor" proviene del latín y connota dignidad, empleo, cargo honorífico, recompensa. En la antigüedad los ataques al honor eran denominados en general "injurias". En estricta subjetividad, el honor alude a aquella cualidad de carácter moral, que lleva al más rígido cumplimiento de los propios deberes, tanto respecto del prójimo como de uno mismo¹⁸.

Psicológicamente, se concibe al honor como sentimiento de autoestima. Tal concepción no es adecuada a los fines del ordenamiento jurídico, cuya regulación no puede depender de las variaciones en torno a la propia estima, que se dan de un individuo a otro, o incluso en el mismo individuo, al ritmo de los cambios de actitud intelectual y sentimental¹⁹.

La persona es soporte para la actuación de misiones específicas y, al mismo tiempo, es destinataria de expectativas y de pretensiones concretas; en este sentido objetivo, el honor sería la totalidad de aquellas cualidades personales que son necesarias para el desempeño de las actividades del sujeto.

El honor es un bien esencial y eminentemente cultural, de ahí que, desde un punto de vista jurídico penal, se trate de uno de los bienes jurídicos más difíciles de captar y concretar. La ofensa a este bien jurídico depende de muchas y variadas circunstancias, como la sensibilidad, el grado de formación, la situación tanto del ofensor como del ofendido, las relaciones entre ambos y, finalmente, la circunstancialidad del concreto supuesto fáctico²⁰.

El concepto de honor, en sentido objetivo, deriva del juicio que de una persona tienen las demás; la conceptualización subjetiva del honor, en cambio, está constituida por la conciencia y el sentimiento del sujeto respecto de su propio valer y prestigio. Ambos aspectos del honor, objetivo y subjetivo, guardan una íntima conexión, sin perjuicio del devenir de uno respecto del otro.

La protección penal del honor data de tiempos remotos y los antecedentes no son unitarios.

Los ataques al honor eran, como se dijo, en general denominados injurias. Dentro de estas se distinguían la contumelia, ofensa proferida en presencia del destinatario, y la difamación, ejecutada a sus espaldas. El famoso libelo no era más que una forma de difamación, realizada por escrito y calificada, en consecuencia, por su carácter permanente.

Desde el punto de vista social, el honor se identifica con la buena reputación, tal como esta existe, de hecho, respecto de una persona determinada: quien no la posee carece, pues, de honor.

Tampoco este concepto empírico-social de honor puede ser asumido a la hora de determinar el sustrato valorativo de los tipos penales. El derecho no puede plegar-

¹⁸ Cfr. Márquez Piñero, *Diccionario jurídico mexicano*, 1985, t. III.

¹⁹ Vives Antón, *Derecho penal. Parte especial*, 1997, p. 673 y siguientes.

²⁰ Cfr. Márquez Piñero, *Diccionario jurídico mexicano*, 1985, t. III.

se ante una realidad social quizás completamente injusta. Aceptar en este punto la "fuerza normativa de lo fáctico" sería tanto como vaciar de contenido el derecho constitucional al honor. Las concepciones normativo-sociales determinan el contenido del honor atendiendo, no al hecho de que una persona tenga o no efectivamente una buena reputación, sino al de si, a tenor de los criterios vigentes en la sociedad, la merece.

Tampoco estas concepciones resultan adecuadas para delimitar el contenido del honor protegido por la ley. Las valoraciones sociales no se ajustan enteramente, en ocasiones no se ajustan en absoluto, a los requerimientos del derecho. Responden, en cambio, a tradiciones, prejuicios o intereses que el ordenamiento jurídico no puede aceptar.

Desde el plano jurídico, el honor determina su contenido a partir de valoraciones inscriptas en el propio ordenamiento. Representan el único camino aceptable para hallar un concepto de este bien jurídico desde el que pueda determinarse el contenido de los tipos penales. Para una concepción estrictamente jurídica, la dignidad de la persona, como sujeto de derecho, constituye la esencia misma del honor y determina su contenido.

A tenor del art. 10.1 de la Constitución española de 1978²¹, la dignidad de la persona se manifiesta a través de un conjunto de "derechos inviolables que le son inherentes". Tales derechos son, básicamente, los que la Constitución denomina "fundamentales". Por consiguiente, la lesión de los mismos implicará una lesión mediata de la dignidad de la persona.

Pero, además de a sus manifestaciones concretas, ha de otorgarse tutela a la dignidad de la persona de modo general y abstracto. Ese es el papel que desempeña el derecho fundamental al honor. Los ataques al mismo, son ataques inmediatos a la dignidad de la persona en sus materializaciones mínimas: autoestima y fama. En tal sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo Federal norteamericano, al afirmar que "el derecho individual a la protección del propio buen nombre no refleja más que nuestro concepto básico de dignidad esencial y valor de todo ser humano, un concepto que ha de hallarse en la raíz de cualquier sistema decente de libertad ordenada"²².

El honor presenta dos aspectos complementarios: el honor interno, ideal e intangible, que posee el hombre como ser racional y que se identifica con la dignidad de la persona, y el honor externo, en el que concreta el anterior. Ya la autoestima representa una mínima concreción psicológica de la dignidad, que el propio sujeto suele proyectar hacia el exterior, pero el aspecto propiamente externo del honor se halla constituido por la reputación o fama, esto es, por el juicio que la comunidad proyecta sobre el individuo.

²¹ Sin modificación en las reformas de 1992 y 2011.

²² Pronunciamiento del Tribunal Supremo Federal norteamericano, en los casos "Rosenblatt c. Baer", 1996 y "Gertz c. Robert Welch Inc.", 1974.

Solo desde el honor interno, esto es, desde la idea de dignidad de la persona, podrá, por consiguiente, determinarse cuándo un menoscabo de la reputación o de la propia estima constituye un atentado al honor. Asentada la idea de que el honor interno, como dignidad de la persona, es el factor determinante de la proyección jurídica, se desencadena un "proceso de socialización del concepto de honor"²³.

El honor corresponde a toda persona por el mero hecho de serlo, y se desliga por el peso del principio de igualdad, de concepciones aristocráticas, plutónicas o meritocráticas. Las particularidades representadas por el linaje, la posición social y económica o los méritos, van a perder la importancia que tuvieron. El derecho al honor, tal y como lo configura la Constitución, corresponde a todos y ha de tener, por consiguiente, un contenido general.

El contenido general de la dignidad de la persona tiene que partir de una delimitación negativa, mediante el recurso a la denominada "fórmula de objeto", a la que se apela en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional alemanas. Teniendo en cuenta esto, la menospreciada doctrina se basa en que el hombre ha de ser tratado en la totalidad de sus relaciones como sujeto y no como objeto. Toda instrumentalización del sujeto de derecho implica un ataque a la esencia misma de la dignidad de la persona, que constituye el fundamento lógico y valorativo del ordenamiento jurídico.

Pero tratar al hombre como sujeto del ordenamiento comporta ya un contenido positivo de la dignidad: implica reconocerle la capacidad de determinarse conforme a los valores, y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (*Selbstbestimmungsfreiheit*). Ese derecho, como vertiente positiva de la dignidad que es, junto a la serie de concreciones particulares, representada por el conjunto de las libertades constitucionales, tiene un contenido general y mínimo, que puede resultar lesionado inmediatamente por injerencias ajenas.

Solo es posible hablar de libre desarrollo de la personalidad, allí donde el individuo ejerce sus propias opciones sin perder la autoestima ni el aprecio de la comunidad. El menosprecio o la reprobación proyectados sobre el sujeto menoscaban, desde luego, el lado positivo de su dignidad. Delimitada de este modo, la dignidad de la persona es igual para todos. Y esa igualdad plantea, de inmediato, la temática de cómo pueden justificarse las diferencias, que el propio ordenamiento jurídico reconoce, en orden al tratamiento de los ataques al honor.

El problema es, ciertamente, arduo: pero tal vez pueda encontrar solución apelando a la idea de que, si bien la dignidad es única e igual para todos, las diferentes posiciones y situaciones de los individuos comportan que el respeto a esa dignidad y los ataques a la misma requieran una determinación circunstancial. El trato adecuado a la dignidad de un niño no lo es para una persona adulta, y viceversa.

²³ García Pablos, *Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores*, en "Cuadernos de Derecho Judicial", 1996. Véase también AA.VV., *Menores privados de libertad*, en "Cuadernos de Derecho Judicial", 1996.

Lo que puede resultar lesivo para la dignidad de un particular puede no serlo para una personalidad pública. Incluso para un mismo individuo, lo que en ciertas circunstancias puede constituir una ofensa no la integra en otras, del mismo modo el concepto de honor es mutable dependiendo de circunstancias de tiempo y lugar.

Honor e intimidad se hallan estrechamente relacionados: la Constitución española los reconoce conjuntamente en el art. 18.1. Sin embargo, no resulta difícil distinguir conceptualmente entre la dignidad general y abstracta, identificada con el derecho al honor, y la manifestación concreta de la misma, que comporta el reconocimiento de un ámbito de privacidad. Desde el punto de vista negativo, toda lesión de la intimidad, como la de cualquier otro derecho fundamental, comporta una lesión indirecta del honor, pero conceptualmente, al menos, tal lesión indirecta resulta separable de las directas²⁴.

Con las figuras contenidas en el Libro Segundo, Título II del Código Penal argentino, se protege al honor como conjunto de atributos físicos, morales, jurídicos, intelectuales, sociales y profesionales, valiosos para la sociedad, que es posible asignar a las personas. Como ya se ha dicho, cuando el que atribuye esas cualidades es el propio sujeto, se habla de honor subjetivo u honra, y cuando quienes las atribuyen son terceros, se trata del honor objetivo, fama, crédito o reputación. Si se hiere el primero, es decir, si se lesiona la autoestima del sujeto pasivo, se lo está deshonrando, mientras que cuando se lo desacredita frente a terceros, posibilitando que estos modifiquen el concepto sobre su personalidad, se lo está difamando. Tal cual lo exigen la tranquilidad individual y la paz social, ambas formas de ofensa están previstas en este título a través de los tipos en él contenidos²⁵.

El bien jurídico del honor hace una genérica referencia a la valoración integral de una persona en sus relaciones ético-sociales.

El honor puede considerarse, como autovaloración, esto es, como el aprecio de la propia dignidad, como el juicio que cada cual tiene de sí mismo en cuanto sujeto de relaciones ético-sociales. En este sentido, se dice que un sujeto tiene o no aprecio de sí mismo; se siente o no se siente honrado o deshonrado.

Se dice, y con verdad, que hasta el más degradado de los hombres tiene algún concepto del propio honor.

Objetivamente se llama honor a la valoración que otros hacen de la personalidad ético-social de un sujeto.

La valoración que de hecho hacen los hombres del honor de otro, cuando asume forma positiva, constituye propiamente un bien jurídico tutelado, porque es una de las fuentes de mayor satisfacción del hombre el saberse honrado por los demás. Ca-

²⁴ Vives Antón, *Derecho penal. Parte especial*, 1997, p. 673 y siguientes.

²⁵ Laje Anaya - Gavier, *Notas al Código Penal argentino. Parte especial*, 1995, t. II, p. 101 y siguientes.

rrara subraya incluso el valor económico de ese bien, al señalar la potencia inherente a una buena reputación para procurar ciertas ventajas materiales²⁶. Pero esa valoración social, a diferencia de la subjetiva, puede asumir una forma negativa, es decir que, sea o no realmente honorable, un sujeto puede ser tenido por deshonesto. Con respecto a este último juicio, es preciso tener en cuenta la relación que los mismos guardan con el interés social, que pueda existir en el mantenimiento de uno u otro concepto, porque la tutela social del honor no es igual en todos los casos.

Frente al interés de disfrutar de las ventajas del concepto social del honor, se encuentra la realidad del comportamiento del individuo, que puede estar en tan considerable discrepancia con aquel juicio, que el derecho no tenga interés ninguno en la tutela de un honor totalmente infundado, porque frente al mismo es posible que prevalezca el social de desenmascarar al infractor²⁷.

En la actualidad es posible afirmar que se impone una reelaboración urgente de la interpretación de los delitos contra el honor, sobre todo con miras a una futura reforma de los mismos. Esta reelaboración debe tener como principal objetivo extremar el rigor en la distinción entre el bien jurídico honor y otros, como la intimidad o la propia imagen, que tiene su propia configuración²⁸.

c) Identidad

La trata de personas puede tener como consecuencia la falsificación de los requisitos del estado civil de las personas como medio para la alteración de la identidad; esto puede suceder sin necesidad de incurrir en el delito de falsedad documental, por ejemplo, cuando se suprimen las circunstancias reales que refieren el estado registrado a su titular, y puede no existir a pesar de ella, v. gr., cuando el falsificador del registro no disimula las circunstancias reales que señalan la posesión del estado registrado.

También se puede alterar el estado civil cuando el mismo no ha sido registrado oficialmente.

d) El estado civil

Cada persona, a partir de su nacimiento, posee un estado civil rudimentario, pues tal hecho ya proporciona datos para individualizarla en el conglomerado social. Luego, la realización de ciertos hechos y actos jurídicos, como la asignación de un nombre, su reconocimiento, legitimación o adopción en su caso, el matrimonio, la naturalización o la adopción de nacionalidad, llevarán a la plenitud el conjunto de los da-

²⁶ Cfr. Carrara, *Programa del curso de derecho criminal*, 1944.

²⁷ Soler, *Derecho penal argentino*, 1967, t. IV, p. 191 y siguientes.

²⁸ Bacigalupo, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. I, ene.-abr. 1996, p. 43 y siguientes.

tos que determinan el estado civil. La posesión de tal estado debe registrarse públicamente, sea en el país, sea en el extranjero, según el lugar del nacimiento o de la ocurrencia de los hechos y actos jurídicos mediante los cuales se estructura.

Pero la posesión del estado civil no deriva indefectiblemente de su registro público, salvo en la medida en que el estado depende de actos jurídicos registrables de esa manera, como sucede con el casamiento, el reconocimiento, la legitimación, etcétera.

El estado civil, como bien jurídico protegido por el derecho penal, es el conjunto de datos filiatorios, jurídicos y personales del sujeto, que permiten su individualización y su ubicación familiar en el seno de la sociedad en que vive; esto reafirma el concepto de identidad enunciado. La tutela penal se discierne sobre todos los aspectos que tienen incidencia en ese estado, incluido el vínculo matrimonial, filial, etcétera. Si bien las alteraciones de las constancias registrables constituyen un delito contra la fe pública, también en este tema pueden utilizarse como medio para atentar contra el estado civil de una persona²⁹.

Se ha sostenido que el estado civil comprende la situación jurídica de una persona con respecto a sus vínculos familiares, determinada por el nacimiento, la legitimación, el reconocimiento y el matrimonio, de los cuales deriva además una serie de derechos y obligaciones de carácter privado y público. También el sexo tiene influencia en ese tipo de relaciones, admitiéndose desde el 2012 en la Argentina el registro de acuerdo a la sexualidad autopercebida³⁰. No es indispensable que la persona cuyo estado civil se altera esté viva. En este sentido se ha afirmado que los muertos también poseen estado civil, pues suprimiendo, por ejemplo, la declaración de nacimiento y fallecimiento de un recién nacido pueden alterarse numerosas relaciones de familia. Esto se ve en el supuesto de ocultamiento de un recién nacido, de cuya existencia no se da cuenta al registro. La supresión que importa es la del estado civil; el ocultamiento de la persona solo es un medio para alcanzar el otro fin. Dicha conducta implica no denunciar como nacido con vida a un niño que murió poco después. Por lo tanto, no es indispensable que al momento de producirse el delito el sujeto esté vivo; basta que lo haya estado³¹.

Alternativamente se ha afirmado en la doctrina que el estado civil de las personas no tiene entidad suficiente para constituir *per se* un bien jurídico protegido y que debe atenderse a cada uno de los delitos para determinar el objeto específico de protección³².

²⁹ Laje Anaya - Gavier, *Notas al Código Penal argentino. Parte especial*, 1995, t. II, p. 199 y siguientes.

³⁰ Cfr. ley 26.743, sobre identidad de género.

³¹ Soler, *Derecho penal argentino*, 1967, t. IV, p. 369 y siguientes.

³² Vives Antón, *Derecho penal. Parte especial*, 1997, p. 705 y siguientes.

e) Libertad

El Preámbulo de la Constitución Nacional contiene entre sus enunciados el de "... asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino ...", y los arts. 14, 15, 18, 19 y 20 concretan ese objetivo.

Como bien jurídico, la libertad incluye el moverse y desplazarse, el determinarse a sí mismo y proceder con arreglo a esas determinaciones; el derecho a preservar la tranquilidad psíquica; el derecho a un ámbito de intimidad, el derecho a trabajar y ejercer toda industria lícita, de asociarse con fines útiles, de reunión, de expresar las ideas a través de los medios de comunicación sin censura previa, de acuerdo a las leyes que reglamenten su ejercicio³³.

Como bien de los individuos, la libertad consiste en la facultad de determinarse, o de obrar o no en cierto sentido, en el derecho a la preservación de la propia tranquilidad, de un ámbito de intimidad material y de las ideas y de pensamientos propios³⁴. Los conceptos de libertad y seguridad están indisolublemente unidos; deben considerarse desde un punto de vista socio-políticos, y encuadrarse en el contexto de una cierta forma de Estado, de expresión moderna. Ambos son esenciales para el Estado de derecho. El Estado moderno, con el objeto de asegurar el desarrollo económico, tendió a eliminar todo obstáculo que se opusiera a su concepción de la economía, de ahí que el primer aspecto a tener en cuenta fuera el de la libertad económica. Pero tal libertad económica exigía a su vez la libertad del individuo, con el fin de que este pudiese ofrecer su capacidad de trabajo en el mercado.

Este concepto de libertad tiene un carácter instrumental, destinado a la satisfacción de necesidades, que ha sido perfeccionado sobre la base de considerar todo lo que impide al sujeto su capacidad de actuación dentro de las relaciones sociales.

Dado su carácter personal e instrumental, es un bien jurídico disponible por excelencia; de otro modo, dejaría de ser libertad.

En todas las figuras penales que la resguardan aparece el consentimiento como causa de atipicidad; debe entenderse en principio, que no hay afectación de la libertad donde existe la libre voluntad del sujeto. Sin embargo, en el caso de la trata de personas, teniendo en cuenta los diversos bienes jurídicos afectados, el consentimiento es irrelevante.

La libertad tiene un carácter complejo, con múltiples dimensiones en referencia a la satisfacción de necesidades sociales. De ahí la protección de la intimidad, de la libertad sexual, de la libertad ambulatoria, etcétera³⁵.

³³ Laje Anaya - Gavier, *Notas al Código Penal argentino. Parte especial*, 1995, t. II, p. 211 y siguientes.

³⁴ Núñez, *Manual de derecho penal. Parte especial*, 1959, p. 167 y siguientes.

³⁵ Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal. Parte especial*, 1986, p. 86 y siguientes.

Es incorrecto sostener que las víctimas de trata se encuentran necesariamente privadas de su libertad ambulatoria. Sin embargo, sucede que aun queriendo eludir su situación no pueden hacerlo. La víctima es sometida a distintos mecanismos que coartan su libertad, como manipulación, violencia, amenazas, vergüenza, miedo, maltrato psicológico o físico.

f) Integridad sexual

El Código Penal argentino, en la reforma introducida en 1999, mediante ley 25.087, ha mejorado el tratamiento que le daba a los hasta entonces delitos contra la honestidad, acepción vaga e imprecisa, para referirse a una serie de hechos delictivos que fundamentalmente hacían alusión a la cuestión sexual y se originaban en criterios de carácter moral. Esto no significa que el legislador se haya esmerado mucho en la reforma del '99, pero no es este el momento para realizar la crítica pertinente³⁶.

Un conjunto de convenciones, tabúes y preceptos religiosos integraban lo que podría denominarse como moral sexual, soporte de planteamientos rígidos, ajenos a un derecho penal moderno, cuyo objetivo no puede constituir la protección de determinadas ideas o concepciones sobre ciertos comportamientos humanos.

La cuestión sexual, en el ámbito del derecho penal, solo es concebible vinculada a la libertad sexual.

Sin embargo, no es este el único bien jurídico que debe tenerse en consideración como objeto de protección en las conductas que se incriminan en el mencionado Título III. En algunas de ellas, como el estupro, contenido ahora en la fórmula genérica de las nuevas disposiciones, la libertad cede ante la preservación del normal desarrollo de la sexualidad de los adolescentes.

No obstante lo expuesto, respecto al tema la doctrina ha sustentado distintas posiciones. Es necesario reconocer que en este título se encuentran varias de las figuras que entran a formar parte de la trata o tráfico en sentido amplio, es decir que concurren con el tipo básico, y que se analizan en el Capítulo III.

g) Salud psicofísica

En el Libro Segundo, Título I, Capítulo II del Código Penal el objeto de protección es el derecho de las personas a la incolumidad de la integridad física y psíquica, que comprende su estructura corporal y su salud.

Se trata de delitos que consisten en causar un daño a otro en el cuerpo o en la salud, por medios físicos, químicos o morales, tanto en forma activa como omisiva.

Por daño en el cuerpo debe entenderse toda alteración interna o externa, por leve que sea, de la estructura corporal de la persona, que puede traducirse en esco-

³⁶ Cfr. Fellini, *Comentarios a la ley 25.087 sobre delitos contra la Integridad sexual*, LL, "Sección Actualidad", ejemplar del 25/11/99.

riaciones, contusiones, heridas, fracturas, mutilaciones, desgarros, etcétera. El daño en la salud implica detrimento o deterioro del organismo, atendiendo al aspecto funcional o fisiológico. La lesión puede, además, ser de carácter general o parcial, físico o mental; puede también ser temporal o permanente y, de acuerdo a determinadas circunstancias y al tiempo de duración, variará su gravedad.

Este bien jurídico se encuentra contemplado en:

1. La CADH, art. 5º:

"Derecho a la integridad personal. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral ..."

2. El Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; "Protocolo de San Salvador", que entró en vigencia el 16 de septiembre de 1999, art. 10:

"Derecho a la salud. 1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social."

2. *Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados Partes^[37] se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:*

- a) *La atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad.*
- b) *La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado.*
- c) *La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas.*
- d) *La prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole.*
- e) *La educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y*
- f) *La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables."*

3. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XI:

"Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad"

³⁷ En el derecho internacional se emplea indistintamente la denominación Estados "Parte" o "Partes". Se elige en este trabajo denominarlos "Estados Parte", sin perjuicio de respetar en las citas de los diferentes instrumentos la redacción propia de los mismos.

4. La Convención sobre los Derechos del Niño, art. 17:

“Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán porque el niño tenga acceso a información y materiales procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tenga por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental.

Con tal objeto, los Estados Partes:

- a) *Alentarán a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño, de conformidad con el espíritu de art. 29.*
- b) *Promoverán la cooperación internacional en la producción, el intercambio y la difusión de esa información y esos materiales procedentes de diversas fuentes culturales, nacionales e internacionales.*
- c) *Alentarán la producción y difusión de libros para niños.*
- d) *Alentarán los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena.*
- e) *Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los arts. 13 y 18”.*

§ 4. Trata de personas. Figura básica

“Será reprimido con prisión de cuatro a ocho años, el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediare el consentimiento de la víctima” (art. 145 bis, CP).

a) Tipo objetivo

1 — Sujetos

Es un delito común, que no requiere calidad específica alguna en el autor, que puede ser cualquier persona, sin diferencia etaria, lo que supone la posible responsabilidad de un menor de edad³⁸.

No se reprime en la legislación argentina, en el marco de esta figura, la conducta de una persona de existencia ideal o jurídica, como sí lo recepta el CP español que

³⁸ Cfr. TOM n° 2, causa 15, sent. n° 138/95, “Byung Il Kim y otros/Reducción a la servidumbre”.

Si bien al momento de la sentencia no existía la normativa hoy vigente sobre trata de personas, el caso en cuestión conforme a la legislación actual, hubiera encuadrado en ese delito. En esa causa, en 1995, un menor de diecisiete años de edad resultó condenado como coautor responsable del delito de reducción a la servidumbre, juntamente con sus padres.

en su art. 177 *bis*, dentro del Título VII *bis*, "De la trata de seres humanos", castiga con prisión la responsabilidad de las empresas que hayan colaborado con la realización del delito (en la mayoría de los casos se trata de aquellas sociedades que poseen transportes de pasajeros, quienes podrían prestar colaboración en los traslados a sabiendas que participan en alguna de las conductas reprimidas por la ley con una finalidad de explotación)³⁹.

La Asamblea General de las Naciones Unidas expresó, en el art. 3º, ap. 4º de la Res. 54/263 del 25/5/00, la necesidad de regular la responsabilidad penal, civil o administrativa de las personas jurídicas por delitos de venta, prostitución y pornografía infantil⁴⁰.

El derecho penal moderno registra cada vez con mayor asiduidad la comisión de hechos realizados en forma colectiva, en particular por empresas⁴¹. La autoría en estos casos deviene en razonamientos complejos, para determinar la responsabilidad del superior, ello aunado a su vez con el desarrollo de las tecnologías que ponen en crisis los principios tradicionales de la responsabilidad penal⁴².

La nueva ley de 2012 ha modificado las características de la norma estableciendo que si el sujeto pasivo es menor de edad, quedará comprendido dentro de la figura agravada. El sujeto activo del delito calificado reúne a distintas personas con calidades especiales.

Es de comisión u omisión dolosa y puede ser realizado en grado de tentativa, y permanecer en el tiempo en forma continuada.

El Código Penal argentino no distingue entre autor del delito y partícipes del mismo. Dentro del Título VII del Libro Primero, se encuentran las figuras comprensivas de la participación criminal, limitándose a mencionar a todos los que como autores, cómplices, cooperadores necesarios o instigadores, toman parte en el hecho, equiparándolos a los efectos de la pena aplicable.

No existe en el Código una definición de autor, de autor mediato o de coautores. Definir la autoría permite saber precisamente quién realiza el hecho punible, y para ello la doctrina ha elaborado distintas teorías que sirven para delimitar su configuración frente a la participación.

La tarea dogmática que requiere esta situación se concreta en la formulación de criterios sistemáticos operativos, que posibiliten decidir sobre la significación de las

³⁹ Barbitta, *Trata de personas*, en "Revista Pensamiento Penal", 2012, p. 21.

⁴⁰ Cfr. Aboso, *Código Penal de la República Argentina. Comentario, concordado con jurisprudencia*, 3ª ed., 2016.

⁴¹ Cfr. Fellini (dir.), *Temas de derecho penal económico y responsabilidad de las personas jurídicas*, 2004.

⁴² Rotsch, *NZSt*, 1998, p. 491 y ss., cit. por Bacigalupo, "Compliance" y derecho penal. *Prevención de la responsabilidad penal de directivos y empresas*, 2012, ps. 52 y 53.

respectivas aportaciones de hecho de cada uno de los que toman parte en la ejecución del delito. La cuestión consiste en poder responder a la pregunta: ¿quién es autor y quién es partícipe?

Las respuestas no son coincidentes y difieren entre sí, respecto de qué se debe considerar por realización de la acción ejecutiva. Las diferencias son tan notorias en este aspecto que mientras unos piensan que el autor debe realizar la acción que describe el tipo penal, otros piensan que ello no es necesario y que puede ser autor quien no haya realizado la acción descrita en el tipo.

No es necesario detenerse en este trabajo en las distintas teorías que han respondido a la pregunta formulada, por entender que excedería el límite de los objetivos propuestos. Por otra parte, la teoría formal objetiva, la teoría subjetiva y las teorías material-objetivas han sido superadas por la teoría del dominio del hecho, que se encuadra dentro del grupo de las últimas mencionadas.

En este sentido, la teoría del dominio del hecho presupone una concepción de la relación de los partícipes con su mundo exterior que se diferencia básicamente de la sostenida por las otras teorías. La teoría del dominio del hecho entiende que es autor, no necesariamente el que desencadena la causación de efectos en el mundo exterior, sino el que procura la realización de un fin, que es el resultado de una elección entre diversas alternativas y posibilidades. Para la teoría del dominio del hecho, autor es quien tiene el dominio final del suceso, mientras que los partícipes carecen de él. Ese dominio implica dirigir la totalidad del suceso hacia un fin determinado; no se trata solo de la dirección final de la propia acción, que también tienen los partícipes respecto de su acto. El dominio del hecho depende además de la posición relativa del sujeto concreto respecto de los otros partícipes. Solo en la medida en que el sujeto pueda dirigir el suceso total habrá dominio del hecho. Esta teoría permite afirmar que el dominio del hecho no es un concepto de límites fijos, sino que pertenece, por el contrario, a los "conceptos abiertos" en los que solo es posible atenerse a la descripción del suceso, que en algunos casos resulta insuficiente, por lo que se debe recurrir a principios regulativos que permitirán al juez valorar los casos individuales.

El concepto de autor y su relación con el bien jurídico desplazó en la concepción de Roxin⁴³ a la teoría del dominio del hecho para reemplazarla por la de la infracción de deber; de esta manera resulta irrelevante la distinción entre el sujeto que actúa y el que omite realizar la acción. Se ha sostenido que no todo delito tiene una estructura que permita explicar las cuestiones de la autoría mediante la teoría del dominio del hecho. Se le reprocha tanto a quien actuando o dejando de hacerlo lesiona bienes jurídicos si estaba obligado a preservarlos por la ley o por una relación preexistente. Son unos y otros delitos de infracción de deber. No obstante ello, la teo-

⁴³ Roxin, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, trad. de la 6ª ed. alemana por Joaquín Cuello Contreras y José L. Serrano González de Murillo, 1998, p. 43.

ría del dominio del hecho sigue siendo un referente ineludible para el tratamiento de la cuestión.

La distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber ha sido mantenida por Jakobs sobre la base de la distinción entre los deberes que provienen de la organización de la propia actividad y los que se derivan de una institución.

Separa así los problemas de la imputación de las acciones positivas y las omisiones según que se trate de obligaciones que provienen de la organización de la actividad personal o de la posición institucional del sujeto.

Los problemas de imputación penal han constituido siempre un punto importante en la construcción de la teoría del delito, que ha sufrido modificaciones en pos de alcanzar mayores niveles de rigor dogmático. Las nuevas propuestas en este ámbito han nacido frecuentemente de la necesidad de dar respuestas político-criminales a ciertas lagunas de punibilidad. Es posible que no sea recomendable que el sistema del hecho punible reaccione generando cambios dogmáticos cada vez que surge una necesidad político-criminal de punición o de eficacia procesal⁴⁴.

El Código Penal argentino determina asimismo que los que cooperen de cualquier otro modo, con exclusión de los ya mencionados más arriba, a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, serán reprimidos con la pena correspondiente al delito, disminuida de un tercio a la mitad.

Respecto de la figura del intermediario, que es aquella persona que interviene en la realización del acto ilícito de distintas maneras, algunos proyectos de leyes sobre trata de personas la han incluido en la definición típica.

Sin embargo, de acuerdo con lo expuesto precedentemente, la figura del intermediario podrá integrar el concepto de autor o de partícipe según tenga o no dominio del hecho. Esto significa que la figura del intermediario debe regirse por las reglas que regulan la participación criminal en el ordenamiento jurídico penal argentino.

Condición esencial de la participación es que el partícipe no haya realizado la acción típica. Esta delimitación negativa no debe entenderse en un sentido formal, sino material; es preciso que el partícipe no haya tenido dominio del hecho.

El análisis precedente de los elementos y características de la autoría y del sujeto que puede ser autor o partícipe en el delito de trata de personas, parece necesario, toda vez que la crítica que se formula en este trabajo consiste en la referencia al tipo penal que omite la mención de la persona que "entrega" y que debe ser considerado sujeto activo del ilícito. Mucho se ha discutido, con especial referencia al tema de menores de edad, respecto de los padres o personas a cargo de un niño, que lo constituyen en objeto de este delito.

El verbo típico "ofrecer" no es suficientemente comprensivo en la configuración del sujeto activo, porque puede ofrecer cualquier persona, a la que frecuentemen-

⁴⁴ Rusconi, *Autoría, infracción de deber y delitos de lesa humanidad*, 2011, p. 53.

te se ha llamado intermediario, pero parece irrazonable dejar fuera del tipo penal a quienes tienen el deber de asumir la paternidad responsable de un niño, y que en tal caso como padres tienen calidad de autor, en función de su posición de garante. Este argumento será recurrente en el presente trabajo en consideración a la infracción al principio de lesividad, con especial dedicación al tratar las agravantes introducidas en la nueva organización legislativa de 2012.

2 — Acciones típicas

Las acciones típicas consisten en el ofrecimiento, la captación, el transporte o traslado, la acogida y la recepción de personas, con fines de explotación.

Es un acierto haber incluido como verbo típico "ofrecer", cuestión muy discutida previamente a la inserción del mismo dentro de la letra de la ley. Con anterioridad a la modificación introducida en 2012 por la ley 26.842, el art. 145 *bis* contemplaba únicamente la captación, traslado, acogida y recepción de personas con fines de explotación.

Haber incluido el ofrecimiento implica el reconocimiento de que la finalidad del ordenamiento jurídico penal puede ser disuasiva u orientadora de conductas, con el objetivo de prevenir la vulneración de bienes jurídicos, ampliando de esta manera la configuración de posibles acciones del sujeto activo. Ofrecer significa comprometerse a dar, hacer o decir algo, o presentar y dar voluntariamente algo. Internet y la tecnología que avanza incesantemente permiten que la oferta pueda ser realizada a un grupo indeterminado de personas y no necesariamente a persona cierta.

Ofrecer no tiene igual significado que entregar. No puede asimilarse a las disposiciones vigentes en el CCCN respecto del ofrecimiento, en tanto el objeto de tales transacciones se refiere a cosas (art. 972 y ss., CCCN)⁴⁵. Aunque la ley 26.842 incorpora el primer término como acción típica, en esta legislación se encuentra un vacío respecto a la figura de entrega, en particular de menores, en determinados supuestos no contemplados en la ley actual de trata de personas.

Al hablar de trata de personas en general se asocia la idea con los secuestros. Sin embargo, son muchas más las veces que son los propios familiares quienes entregan a alguien de su entorno cercano. Oficialmente no existen datos estadísticos que lo demuestren, pero tanto el Comité Ejecutivo para la Lucha contra la Trata de Personas de la Nación, como el Consejo Federal para la Lucha contra la Trata de Personas son conscientes de esta problemática, y así lo hacen conocer a través de trascendidos periodísticos⁴⁶.

⁴⁵ Art. 972 y ss., CCCN.

⁴⁶ Testimonio de Yanina Basílico, coordinadora del Comité Ejecutivo para la Lucha Contra la Trata de Personas de la Nación, brindado en *Trata sexual. Cuando el enemigo está cerca, entre la familia o los conocidos*, diario "La Nación", ejemplar del 14/7/16.

Las modalidades de entrega son variadas. Puede ocurrir que haya complicidad en la acción de entregar, o bien por omisión al no denunciar la desaparición de la persona.

Para Zaida Gatti, directora del Programa Nacional de Rescate y Acompañamiento a las Personas Damnificadas por el Delito de Trata, y Viviana Caminos, presidenta de la Red Alto al Tráfico y a la Trata, en la gran mayoría de los casos de trata de personas se encuentran involucradas personas cercanas y es muy poca la cantidad de secuestros realizados con ese fin⁴⁷.

Para que una persona o grupo de ellas reciba a otra debe haber indefectiblemente alguien que realice la acción de entregar. Esto, conocido en doctrina como delitos de encuentro, requisito de la codelincuencia necesaria, supone la existencia de dos voluntades que se aúnen para la configuración del injusto. Si una de esas acciones no está contemplada expresamente en el tipo penal, en este caso la entrega, quien la realice podría quedar impune⁴⁸.

Esta es una de las críticas que subsisten en este trabajo, respecto de la ley 26.842, y que como podrá observarse a continuación, se diferencia en ello de las disposiciones vigentes en el sistema penal comparado sobre la materia.

La legislación de otros países refleja una concepción más amplia del tipo penal que comprende la entrega como acción típica, posición que sin duda parece más adecuada para la preservación de distintos bienes jurídicos, como podrá observarse en Alemania, España, México, Costa Rica, Ecuador y Bolivia.

La trata o tráfico de niños no se encuentra comprendido en el Código Penal argentino como delito autónomo, ya que como se ha analizado precedentemente, la ley de 2012 incluye la figura entre los elementos del tipo agravado. El vacío legal existente para penar el delito es apenas una de las causas, aunque no la menos importante de la periódica aparición de casos llamados de "robo", y "compra y venta de bebés", muchos de ellos en hospitales, sanatorios y clínicas clandestinas.

Las figuras de sustracción de menores, supresión de identidad y privación ilegítima de la libertad contenidas en el CP no resultan suficientes para procesar a los inculpados, quienes, además hasta la sanción de la ley 24.410, eran susceptibles de ser excarcelados.

Por otra parte, los tipos legales mencionados no son comprensivos de las acciones que realizan quienes se dedican a la trata dentro del concepto amplio que se ha definido. Es necesaria la precisión jurídica, requisito indispensable del principio de legalidad, para que los comportamientos de quienes entreguen y reciban a un menor ilegítimamente y de sus intermediarios, constituyan acciones atrapadas por el tipo penal. La ley penal tiene una función decisiva en la garantía de la libertad. Esto

⁴⁷ Gatti, *Trata sexual. Cuando el enemigo está cerca, entre la familia o los conocidos*, diario "La Nación", ejemplar del 14/7/16.

⁴⁸ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, 1995, t. II, p. 381 y siguientes.

quiere decir que ningún hecho puede merecer una pena, si no existe una ley que lo haya declarado previamente punible.

La jerarquía del principio de legalidad es hoy en día indiscutida como principio constitucional y como principio penal, independiente de cualquier teoría de la pena.

La consecuencia práctica de este principio es que ninguna sentencia condenatoria puede dictarse aplicando una pena que no esté fundada en una ley previa, es decir, una ley en la que el hecho imputado al autor sea amenazado con pena. En otras palabras, el razonamiento judicial debe comenzar por la ley, pues solo de esa manera la condena podrá fundarse en la ley penal. En función de esto es menester la inclusión dentro del ordenamiento jurídico penal de una norma que precise los elementos constitutivos de la acción típica.

Si se hablara de venta, quedarían excluidas todas las conductas que no afectaran el bien jurídico patrimonio o propiedad de la víctima, a la vez que sería inapropiado tratar al niño como objeto de la transacción, violando además todas las disposiciones internacionales que hacen referencia a la dignidad de la persona, al trato inhumano, degradante, etcétera. Por los mismos motivos tampoco puede hablarse de robo, cuya figura requiere del apoderamiento ilegítimo con fuerza en las cosas o violencia en las personas.

Es destacable el tratamiento que posee este delito en el Código Penal español, que en su art. 221 establece que:

- “1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a diez años (apartado redactado de acuerdo con la modificación establecida por la Ley Orgánica 15/03, de 25 de noviembre).
2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero.
3. Si los hechos se cometieren utilizando guarderías, colegios u otros locales o establecimientos donde se recojan niños, se impondrá a los culpables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de las referidas actividades por tiempo de dos a seis años y se podrá acordar la clausura temporal o definitiva de los establecimientos. En la clausura temporal, el plazo no podrá exceder de cinco años”.

El objeto de esta disposición penal se limita a un solo tipo de tráfico, reducido estrictamente a la entrega de un menor a cambio de un precio, a lo que se añade otro

elemento típico, la específica finalidad de conseguir el establecimiento de una relación análoga a la de filiación, la cual se diferencia de otros tipos de tráfico tipificados en otros artículos del mismo Código. El delito estudiado tiene como consecuencia el establecimiento de una relación *de hecho*, de carácter permanente y de contenido semejante a la que se crea jurídicamente mediante la adopción, con lo que queda defraudada la finalidad que dicha institución está llamada a cumplir, como única vía legal del ámbito del derecho civil, que tiene como efecto característico el hacer surgir entre adoptante y adoptado una relación de filiación⁴⁹.

Se trata de una figura con escasos precedentes en el derecho comparado. Con su incriminación se aborda la protección penal de la filiación tratando de superar un enfoque puramente formal y basado estrictamente sobre la tutela del estado civil frente a modificaciones ilegítimas que lo falsean. Se afirma que este delito viene a cubrir una laguna de punibilidad, pues a falta de su tipificación expresa se intenta reconducir esas conductas hacia el tipo de abandono de personas, sin que con la realización de la acción se produjera la situación de abandono, desasistencia o inseguridad material propia de ese delito⁵⁰.

La entidad de los valores en riesgo cuando se produce esta clase de prácticas, y muy particular, *el bienestar y la dignidad de los menores*, hace necesario dotar del máximo nivel de garantías a las instituciones y procedimientos legales, que tienen como efecto último la inserción de un niño en una nueva familia, con el consiguiente desarraigo y correlativo proceso de readaptación, no exento de importantes consecuencias en su formación personal. Por todo ello, en último término se justifica el recurso al instrumento penal, de acuerdo con su carácter subsidiario y de *ultima ratio*, cuando esos intereses resulten dañados o gravemente puestos en peligro por las cesiones ilícitas de menores⁵¹.

El Código Penal francés cuenta con un precepto parecido en el art. 227.12 que define las conductas prohibidas como inducir a ambos padres o a uno de ellos, por fines lucrativos; amenaza, promesa o abuso de autoridad a que abandonen a un niño nacido o que vaya a nacer, o bien, realizar labores de mediación entre una persona que desea adoptar a un niño, y un padre o madre que quiere abandonar a su hijo. Las diferencias con el delito del art. 221 del CP español son notables, pues el Código fran-

⁴⁹ Torres Fernández, *El tráfico de niños para su "adopción" ilegal. El delito del art. 221 del Código Penal español*, 2003, p. 25.

⁵⁰ Torres Fernández, *El tráfico de niños para su "adopción" ilegal. El delito del art. 221 del Código Penal español*, 2003, ps. 26 y 27; Suárez González, *Comentarios al Código Penal*, Gonzalo Rodríguez Mourullo (dir.), 1997, p. 654; Boix Reig - Jareño Leal, *Comentarios al Código Penal de 1995*, 1996, vol. I, p. 1059.

⁵¹ Torres Fernández, *El tráfico de niños para su "adopción" ilegal. El delito del art. 221 del Código Penal español*, 2003, p. 27.

cés solo castiga al tercero que media para la adopción o para que se abandone al niño, mientras el español sanciona también a aquel que entregue al menor⁵².

Por su parte, México en la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, del 14 de junio de 2012, establece como forma de explotación comprendida en el delito de trata de personas a la adopción ilegal de persona menor de dieciocho años (art. 10, inc. 8°). Prescribe en sus arts. 26 y 27 dicho supuesto, donde establece que:

Art. 26, Ley General del 14/6/12. — "Se impondrá pena de veinte a cuarenta años de prisión y de dos mil a veinte mil días multa, al padre, madre, tutor o persona que tiene autoridad sobre quien se ejerce la conducta que entregue o reciba de forma ilegal, ilícita, irregular o incluso mediante adopción, a una persona menor de dieciocho años con el fin de abusar o explotar de ella sexualmente o cualquiera de las formas de explotación a que se refiere el art. 10 de la presente ley. En todos los casos en que se acredite esta conducta se declarará nula la adopción".

Art. 27, Ley General del 14/6/12. — "Se impondrá pena de tres a diez años de prisión y de quinientos a dos mil días multa, al que entregue en su carácter de padre o tutor o persona que tiene autoridad sobre quien se ejerce la conducta o reciba a título oneroso, en su carácter de adoptante de forma ilegal, ilícita o irregular, a una persona menor de dieciocho años.

En todos los casos en que se acredite esta conducta se declarará nula la adopción.

No se procederá en contra de quien de buena fe haya recibido a una persona en condición irregular, con el fin de integrarla como parte de su núcleo familiar con todas sus consecuencias".

En este caso, además de las entregas ilegales, se contempla la posibilidad de anular el mecanismo legal de adopción en los casos en que se perciba el fin de explotación sexual.

Deja salvaguardada la conducta de la persona que de buena fe adopte a un niño en condición irregular. Se entiende que para que haya tal buena fe, debe el adoptante desconocer el carácter ilegal del acto.

Costa Rica contiene en su Código Penal la figura de tráfico de menores para adopción, que pena tanto a quien venda, promueva o facilite la venta de una persona menor de edad a cambio de algún pago o promesa remuneratoria, como a quien dé tales beneficios para recibir a un menor. Se agrava el delito cuando el autor tuviera calidades especiales por vínculo o deber de cuidado derivado de su posición⁵³.

⁵² Torres Fernández, *El tráfico de niños para su "adopción" ilegal. El delito del art. 221 del Código Penal español*, 2003, p. 84.

⁵³ Código Penal de Costa Rica: art. 376.— "Pena por tráfico de personas menores. Se impondrá prisión de dos a cuatro años a quien venda, promueva o facilite la venta de una persona menor

En el caso de Bolivia se contempla el supuesto de guarda o adopciones ilegales como fines ilícitos que conforman el delito⁵⁴.

En Ecuador se considera como trata todos los casos en que los menores son ubicados en familias sin pasar por el trámite del sistema regular de adopción, pues la entrega se realiza por fuera del contexto de protección que siga el principio de interés superior del niño y el de prevalencia. Esta situación se agrava cuando el menor es explotado, por la familia receptora, en actividades como la mendicidad, la servidumbre o la explotación sexual⁵⁵. También la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas establece que dentro de las finalidades de este delito quedan comprendidos los embarazos forzados cuyo objetivo es obtener el fruto del mismo⁵⁶.

de edad y perciba por ello cualquier tipo de pago, gratificación, recompensa económica o de otra naturaleza. Igual pena se impondrá a quien pague, gratifique o recompense con el fin de recibir a la persona menor de edad. La prisión será de cuatro a seis años cuando el autor sea un ascendiente o pariente hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, el encargado de la guarda, custodia o cualquier persona que ejerza la representación de la persona menor de edad. Igual pena se impondrá al profesional o funcionario público que venda, promueva, facilite o legitime por medio de cualquier acto la venta de la persona menor. Al profesional y al funcionario público se le impondrá también inhabilitación de dos a seis años para el ejercicio de la profesión u oficio en que se produjo el hecho", adicionado por el art. 9º de la ley 7538, del 22 de agosto de 1995 (corrida su numeración por el art. 185 de la ley 7732, del 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del anterior art. 374 al art. 376 actual, reformado por el artículo único de la ley 7999, del 5 de mayo de 2000).

⁵⁴ Capítulo V, "Trata y tráfico de personas" (Capítulo V, incluido por el art. 1º de la ley 3325, del 18 de enero de 2006, "Trata y tráfico de personas y otros delitos").

Art. 281 bis (trata de seres humanos). "Será sancionado con una pena privativa de libertad de ocho a doce años, el que por cualquier medio de engaño, coacción, amenaza, uso de fuerza y/o de una situación de vulnerabilidad aunque medie el consentimiento de la víctima, por sí o por tercera persona induzca, realice o favorezca el traslado o reclutamiento, privación de libertad, resguardo o recepción de seres humanos, dentro o fuera del territorio nacional con cualquiera de los siguientes fines: a) Venta u otros actos de disposición con fines de lucro. b) Venta o disposición ilegal de órganos, tejidos, células o líquidos corporales. c) Reducción a estado de esclavitud u otro análogo. d) Guarda o adopciones ilegales. e) Explotación sexual comercial (pornografía, pedofilia, turismo sexual, violencia sexual comercial). f) Explotación laboral. g) Matrimonio servil, o h) Toda otra forma de explotación en actividades ilegales. La pena se agravará en un cuarto cuando: la víctima sea niño, niña o adolescente; cuando el autor sea el padre, madre, tutor o quien tenga bajo su cuidado, vigilancia o autoridad al niño, niña o adolescente; el autor o partícipe, fuera parte de una organización criminal, de una asociación delictuosa; y, cuando el autor o partícipe sea autoridad o funcionario público encargado de proteger los derechos de niños, niñas y adolescentes. Si a causa de acciones u omisiones dolosas se produjere la muerte de la víctima se impondrá la pena del delito de asesinato. Si la muerte fuese producida por acciones u omisiones culposas, la pena se agravará en una mitad" (incorporado por el art. 1º de la ley 3325, del 18/1/06, Trata y Tráfico de Personas y otros Delitos).

⁵⁵ Véase en www.ministeriointerior.gob.ec/objetivos-2/.

⁵⁶ Véase Exposición de Motivos de la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas.

La *captación* consiste en atraer, ganar la voluntad o el afecto de alguien⁵⁷ como primer momento en el proceso de la trata de personas⁵⁸.

Conforme la misma fuente informativa, por *transporte* o *traslado* debe entenderse la acción de llevar a alguien de un lugar a otro.

El transporte puede ser dentro o fuera de las fronteras de un mismo país, dando lugar precisamente a la distinción conceptual entre trata y tráfico de personas.

El traslado o transporte de la persona resulta un aspecto sumamente conflictivo del tipo, por cuanto no siempre requiere el uso de la fuerza por parte del autor. Existen casos en los cuales la propuesta que seduce a la víctima de trata es tan atractiva, que la persona se traslada de un lugar a otro por sus propios medios sin estar privada de su libertad. Más aún, puede ocurrir que el sujeto pasivo asuma todos los gastos del mismo para el arribo a un lugar mediante ardid o engaño.

Cuando el transporte se realiza por fuera de las fronteras de la República Argentina, son de aplicación las prescripciones establecidas por la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos complementarios, del año 2000, y la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (CIDIP V), de 1994.

La acción de *acoger* hace referencia a albergar, hospedar, esconder, admitir o refugiar a una persona con la finalidad de mantenerla en la situación de la que es víctima.

Por *recibir* debe entenderse receptor, acoger, ocultar o encubrir personas o cosas que son materia del delito.

El delito de trata de personas contempla acciones alternativas, que conforman un delito complejo, que puede ser realizado de modo continuado por diferentes sujetos y empleando variedad de medios comisivos. El legislador, mediante esta for-

⁵⁷ "Según la ley 26.364 capta quien logra la disposición de una persona para luego someterla a sus finalidades; transporta o traslada el que lleva a una persona de un lugar a otro y acoge quien da un refugio o lugar de permanencia a la víctima para lograr el consentimiento de ella en una determinada actividad. Asimismo entre los medios comisivos—que vician la voluntad de la víctima—a través de los que se puede cometer el hecho típico se encuentra el engaño, entendiéndose este como la acción de quien convence a una persona de algo que no es cierto". (CF La Plata, Sala I, 21/10/10, "Sumario inst. por pta. inf. ley 26.364").

⁵⁸ "Se realiza en el lugar de origen de la víctima, identificándola, ofreciéndole la posibilidad de migrar y de conseguir trabajo en otro país, como así también facilidades económicas y documentales para el traslado e ingreso al país de destino, recurriendo a la persuasión, engaño, a la amenaza u otras formas de coacción a la víctima o personas con influencia hacia ella. Las personas pueden desconocer la verdadera actividad que realizará en el lugar de destino o, como en el caso de autos, pueden conocerla y estar engañadas en cuanto a las condiciones reales en que deberá realizarla, por ejemplo, el salario que percibirá, los costos de manutención que se descontarán de su salario, los intereses de las deudas contraídas, la mayor o menor libertad que podrá gozar". (TOCF Mar del Plata, 8/2/10, "Ortega, Mora Gloria Raquel y otra s/Arts. 145 bis, pto. 3º y 145 ter, CP").

mulación, contempla distintas formas de comisión del delito y al mismo tiempo restringe las posibilidades de interpretación del texto legal.

De esta manera, puede ocurrir que la víctima sea captada y transportada a través de una oferta engañosa, y recibida y mantenida en la situación delictiva bajo formas de violencia⁵⁹. Sin embargo, no siempre es necesario el empleo de este medio.

Por lo general las víctimas de estos delitos son sometidas a un proceso de despersonalización, donde en la mayoría de los casos, se establece un vínculo afectivo de dependencia entre las víctimas de un secuestro y sus captores. Es común en estos casos que el sujeto dominado asuma las ideas, creencias, motivos o razones que esgrimen sus secuestradores para llevar a cabo la acción de privación de libertad⁶⁰, o que sostenga que se encuentran trabajando negando la realidad de su explotación. El maltrato psicológico y/o físico produce que la víctima pierda esperanza de liberarse y se resigne a su situación.

3 — El consentimiento de la víctima

Previo a la sanción de la ley 26.842 que modifica a la ley 26.364, el tema del *consentimiento* que tanto trabajo insumía a quienes se interesaban en explicar si debía o no considerarse relevante para el tipo penal creado, al no existir claridad en la construcción de la ley, se resolvía mediante la exclusión del tipo o de la antijuridicidad aplicando las reglas generales del derecho penal. Esta decisión era sumamente contradictoria con el propósito que ha guiado seguramente a quienes han legislado sobre este tipo de delitos⁶¹.

En los proyectos que se realizaron con anterioridad a la sanción de la ley 26.364, se sostuvo que el consentimiento de la víctima era irrelevante. Se trataba de un tema de debate en los últimos tiempos que tenía resolución inevitablemente debido

⁵⁹ "Durante esta fase las víctimas llegan al lugar de destino, descubriendo muchas de ellas en este momento la verdadera actividad que deberán realizar, o el engaño en relación a las condiciones reales de trabajo prometido. Las víctimas son buscadas por los tratantes o sus enviados en el lugar de desembarco o en algún punto de referencia proporcionado antes de partir y son llevadas a los lugares donde vivirán o serán explotadas, los que también suelen ser distantes del punto de llegada inicial. Las condiciones de vida de las víctimas de trata en esta fase son diversas, puede pasar privaciones de todo tipo e incluso maltratos físicos y psicológicos, siendo sometidas a realizar trabajos sexuales, domésticos, etcétera, requisando sus documentos o creando una deuda y la consiguiente relación de dependencia, ya que las víctimas nunca podrán llegar a ganar lo suficiente como para pagar la deuda a los captores. Ello, aunado a posibles abusos, golpes, violaciones y amenazas, se convierte en una explotación dolorosa y prolongada". (TOCF Mar del Plata, 8/2/10, "Ortega, Mora Gloria Raquel y otros s/Arts. 145 bis, pto. 3º y 145 ter del CP").

⁶⁰ Estos fenómenos psicológicos son conocidos como "Síndrome de Estocolmo".

⁶¹ Roxin, *Derecho penal. Parte general*, t. I, "Fundamentos de la estructura de la teoría del delito", 1997, p. 512 y ss. Sobre esta cuestión es posible analizar la diferencia que marca el autor, respecto de las consecuencias existentes entre acuerdo y consentimiento en distintos tipos penales.

a la construcción legislativa, en los principios generales del derecho penal, y por lo tanto debía regirse por sus reglas⁶².

Algunas organizaciones no gubernamentales han sostenido que al no estar incorporado expresamente el pasaje referido a la irrelevancia del consentimiento para la configuración del delito, se han dado casos en los que a pesar de encontrarse acreditados los medios comisivos⁶³, algo muy difícil de lograr, la alegación del consentimiento de la víctima, cuya vulnerabilidad se aprecia sin mayor esfuerzo, ha frustrado la acción de la justicia, consagrando la impunidad y favoreciendo claramente a los tratantes.

En otros casos, las acciones delictivas han dado lugar a la aplicación de otras figuras contempladas en el Código Penal, como puede observarse a través del análisis jurisprudencial.

Parecería que la ley determinaba que quien actúe sin presencia de estos medios comisivos, no cometería delito cuando la víctima fuere mayor de edad, caso en el cual ella hubiere consentido en la realización de la acción, por ejemplo. Esto es coherente con lo que ocurre en el análisis de cualquier otra figura típica. Sin embargo, el tema del consentimiento no es fácilmente aceptable en circunstancias en que generalmente el sujeto pasivo atraviesa una situación de vulnerabilidad tal, que se equipara a un consentimiento no válido, es decir que es semejante a quien no le quedan otras alternativas de conducta, asimilable a los estados de necesidad en que se pone en riesgo o se lesionan los bienes jurídicos en forma justificada. Pero, esta estructura es pensada en derecho penal para los autores de hechos ilícitos, no para las víctimas, que son las que soportan la lesión del bien jurídico.

Si bien en sus orígenes el concepto de trata de personas se reducía a la trata de blancas, se entiende que el *bien jurídico* protegido sigue siendo la vulneración a la *dignidad de la persona*⁶⁴, entre otros, como se ha hecho referencia más arriba, en la medida en la que afecta al derecho de disponibilidad que cada sujeto puede ejercer respecto de la titularidad de ciertos bienes jurídicos. Sin embargo, esto no supone una absoluta libertad de decisión, ya que estados de extrema vulnerabilidad, cada vez más frecuentes en las conformaciones actuales de la sociedad, han llevado, por ejemplo, a que algunas personas ofrezcan sus propios órganos, negocien su integridad física, su intimidad, su sexualidad, y hasta sus hijos, o practiquen el conocido "alquiler de vientres", a cambio de una contraprestación que generalmente condiciona su subsistencia o la de sus familiares. En algunos Estados de los Estados Unidos de

⁶² Fellini, "Trata de personas", en *Los desafíos del derecho de familia en el siglo XXI*, 2011, p. 60 y siguientes.

⁶³ Debe recordarse que en la ley 26.364, antes de su reforma, los medios comisivos estaban contemplados dentro de la figura básica, mientras que en la actual redacción han pasado a conformar el tipo agravado.

⁶⁴ Cfr. Fellini, *Delito de trata o tráfico de niños*, 2ª ed., 2007.

América, la gestación subrogada está legalmente contemplada. En muchos de ellos, la ley permite contratos onerosos o gratuitos, facilitando el reconocimiento de quien o quienes sin gestar adquirirán legalmente el estado de padres⁶⁵.

En presencia de un estado de vulnerabilidad de los más débiles, que no debe confundirse con la situación de quienes no puedan valerse por sus propios medios, valedurarios por su edad, enfermedad, etcétera, deben ampliarse fundamentalmente las redes de contención social, la atención a la familia, la educación, asistencia médica, fuentes de trabajo y otros recursos, sin los cuales siempre se cuestionará la libertad de decisión que un sujeto tome aún sobre aquellos bienes considerados disponibles por el derecho.

En tal sentido debe entenderse la libertad condicionada de quien ofrece su propio cuerpo para el comercio sexual. Si bien el ejercicio de la prostitución no constituye delito, sí lo es la explotación que otros hagan de ese ejercicio. Esto ha llevado a afirmar que existe absoluta libertad de decisión en el primer caso, y en otras palabras, ha confundido la cuestión del consentimiento de la mujer para que la exploten, razón por la que se obstaculiza una resolución humanamente justa.

Tratándose de menores de edad, la ley no requería la presencia de los medios comisivos señalados para la consumación del tipo básico, entendiéndose entonces que el consentimiento del menor era irrelevante en la configuración del ilícito. Los medios comisivos señalados con anterioridad operan aquí como elementos que agravan el delito⁶⁶.

No resulta fácil aceptar la hipótesis de que alguien libremente consienta transformarse en un objeto de explotación⁶⁷.

⁶⁵ Como ocurre en Arkansas, California, Connecticut, Delaware, Florida, Illinois, Nevada, New Hampshire, Tennessee, Texas, Utah, Washington, entre otros.

⁶⁶ Téngase presente que en la redacción de la ley 26.364 se dividía la configuración de los tipos penales de acuerdo a la mayor o menor edad. En tanto en la ley 26.842 los medios comisivos se tienen en cuenta como agravantes del tipo básico sin distinción de edad.

⁶⁷ Un ejemplo que resume esta idea de la imposibilidad de hablar de consentimiento en los contextos de explotación lo encontramos en el fallo que juzgando un caso clásico de trata de personas con fines de explotación sexual señaló que: "[E]l consentimiento de la víctima para ejercer la prostitución en el local nocturno, no habría reunido las exigencias intrínsecas que su concepto exige — discernimiento, intención y libertad (art. 897, CC)—; tratándose por el contrario de una aquiescencia viciada en su origen o fundamentación, de falsa apariencia y desvinculada de una voluntad libre, resultado de la situación de pobreza, desamparo y carencia de alternativas en la que la nombrada se hallaría y que, como ocurre en numerosos casos semejantes, empuja a estas personas a aceptar situaciones indignas, valiéndose de ello 'el captador', 'acogedor' o 'repcionista' (...) obran circunstancias relevantes sobre las condiciones familiares, sociales, culturales, psicológicas y económicas de la víctima. Y en tal sentido, tales habrían sido los factores condicionantes y conductores a que la víctima haya consentido su explotación, en principal beneficio, particularmente económico, de la hoy imputada...". (CF Córdoba, Sala B, 24/11/09, "Gómez, Mónica Susana y otros - p.yss.aa. trata de personas", del voto del doctor Rueda).

Como el tema del consentimiento fue ampliamente discutido por los motivos detallados anteriormente, los legisladores dispusieron, mediante la ley 26.842 que modifica a la ley 26.364, que el delito se perfecciona aunque medie consentimiento de la víctima⁶⁸, y que el mismo no constituirá, en ningún caso, causal de eximición de responsabilidad penal, civil o administrativa de los autores, partícipes, cooperadores o instigadores⁶⁹.

b) El tipo subjetivo

1 — Elementos que conforman el dolo

La teoría de la voluntad exige que el autor de un delito doloso actúe con conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo, de lo que deriva que además de un elemento intelectual, que es el conocimiento, concurra un elemento volitivo para la realización del tipo. La teoría del conocimiento supone por el contrario la existencia de la voluntad de quien conoce la norma y la infringe.

El tipo de trata no admite la figura culposa.

La cuestión de si la ley exige una clase de dolo específico, ya sea directo o eventual, dependerá de cada caso en concreto, y entonces expresiones tales como "con la intención de ..." o "con el fin de ..." o "para ..." pueden tener un significado amplio o restringido dependiendo de la interpretación de cada tipo penal⁷⁰. Aun cuando se concluya que el texto exige realmente un dolo directo, será igualmente difícil determinar si intención y seguridad son, a su vez, equiparables⁷¹.

Se habla en especial de intención cuando aparece como elemento del tipo, es decir, cuando el autor persigue un resultado situado más allá del tipo objetivo y que, si bien es contemplado conforme al tipo, no precisa ser alcanzado. Es característico de la intención que el autor ordene su comportamiento según la meta propuesta y actúe con el interés de conseguirla. En cambio, resulta indiferente que considere su resultado como seguro o solo como posible. Es también indistinto que el resultado sea a la vez el móvil o se trate solo de una meta intermedia del autor, entendida como medio para el logro de ulteriores objetivos, mientras que el fin último del hecho queda más allá de esa primera meta⁷².

La trata de personas requiere un elemento subjetivo distinto del dolo: la finalidad de explotación. Para la consumación del delito es necesario que exista la ul-

⁶⁸ Art. 25, ley 26.842, que sustituye la redacción del art. 145 bis del CP.

⁶⁹ Art. 1º, ley 26.842, que modifica el art. 2º de la ley 26.364.

⁷⁰ Zielinski, *Dolo e imprudencia*, 2003, ps. 66 a 68.

⁷¹ Sancinetti, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 1991, p. 313.

⁷² Jescheck, *Tratado de derecho penal. Parte general*, trad. por José Luis Manzanares Samaniego, 4ª ed., 1993, p. 267.

traintención en la cabeza del autor. No se requiere que tal explotación se concrete, pero en el caso de que se produjera la conducta, se subsumiría en la figura agravada en el art. 145 *ter*, sin perjuicio del concurso de delitos que pudiera generarse.

Junto al dolo, a veces los tipos penales exigen algo más desde el punto de vista subjetivo. En esos casos no es suficiente para la realización del tipo que la finalidad del autor llegue hasta la realización del mismo, sino que el autor debe haber perseguido otra *finalidad trascendente* (ulterior) a la realización del tipo, o bien obrado con una *intención especial*. Estos especiales elementos subjetivos del tipo no tienen una contrapartida en el tipo objetivo. Si bien ellos pueden consistir en la voluntad de realizar determinada situación de hecho, esta queda fuera del tipo objetivo. Con frecuencia se trata de algo que no es, o que no solo es, un acontecimiento exterior, sino datos y relaciones internas⁷³. El disvalor de la acción no se agota en el dolo. Se requiere, además del conocimiento y voluntad de la realización del tipo, que el autor haya actuado con una determinada intención, una determinada motivación o un determinado impulso⁷⁴. Esta intención, de estructura coincidente con el dolo, puede aparecer en los casos en que la ley, por razones de política criminal, se aparta de la regla de describir en el tipo el delito materialmente consumado, la plena realización del ilícito, y relegar el alcance de sus estadios previos a la amenaza penal general de la tentativa. Por lo tanto, en estos casos son conminados con pena, como hechos autónomos, "consumados" ya la tentativa o incluso la preparación del verdadero delito. La reducción del tipo objetivo del ilícito es compensada por medio de que la consumación del hecho tiene que haber sido "intencional"⁷⁵.

La descripción legal de los delitos "consumados" parte de la base "resultatista" de una completa congruencia entre tipo objetivo (realizado) y subjetivo. Tipo objetivo y subjetivo coinciden, pues, en todo modelo simple de un delito doloso consumado, que no requiera un elemento subjetivo especial.

Componentes subjetivos especiales aparecen, propiamente, recién allí donde el texto contiene un tipo no congruente entre sus partes "objetiva" y "subjetiva", sino que esta última excede la mera referencia al marco del tipo objetivo⁷⁶.

⁷³ Stratenwerth, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., 2005, p. 201.

⁷⁴ Bacigalupo, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1999, p. 336; Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español. Parte general*, 1984, t. I, p. 480 y ss.; Gimbernat Ordeig, *Introducción a la parte general del derecho penal español*, 1979, p. 47; Rodríguez Mourullo, *Derecho penal. Parte general*, 1978, t. I, p. 254 y ss.; Rodríguez Devesa, *Derecho penal español. Parte general*, 5ª ed., 1976, p. 391; Cobo del Rosal - Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1987, t. II, p. 65; Jiménez de Asúa, *La ley y el delito*, 4ª ed., 1963, p. 255; Polaino Navarrete, *Los elementos subjetivos de lo injusto en el Código Penal español*, 1972.

⁷⁵ Stratenwerth, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., 2005, p. 202.

⁷⁶ Sancinetti, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 1991, p. 318.

Los tipos portadores de elementos subjetivos pueden ser mutilados de dos actos, de resultado cortado o de tendencia interna intensificada. Los dos primeros se distinguen según que la intención del autor al ejecutar la acción típica deba dirigirse a realizar otra actividad posterior del mismo sujeto, delito de dos actos, o a un resultado independiente de él, delito de resultado cortado. Ambos coinciden en que ni el segundo acto pretendido ni el resultado perseguido, respectivamente, es preciso que lleguen a producirse realmente. En los delitos de resultado cortado el autor ejecuta un primer acto y alcanza un primer resultado, el necesario o exigible para la consumación del tipo, con el propósito no de ejecutar ya un nuevo acto, sino de receptor otro resultado, distinto al ya alcanzado por el primer acto. En estos delitos la consecución del fin de perjuicio que debe perseguirse no exige necesariamente una segunda actividad del autor⁷⁷.

El delito de resultado cortado es una calificación de la infracción penal, atendiendo a los elementos subjetivos del tipo, en la que lo determinante es que la conducta se realiza con el propósito de alcanzar un fin posterior, delito de intención, pero con la esperanza de que al fin perseguido se llegará por sí mismo sin necesidad de nuevo hecho por parte del autor⁷⁸.

La congruencia entre tipo objetivo y tipo subjetivo se abandona en los delitos que están estructurados como una tentativa acabada, delitos de resultado cortado, los cuales se consuman cuando el autor ha ejecutado la acción con dolo de ulterior lesión de un bien⁷⁹. Lo que hace el legislador en estos casos es decidir que el disvalor de acción completo que nace de su tendencia (negativa) a una cierta situación de hecho "objetiva" ya justifica todo el juicio de disvalor, sin consideración a que se produzca el resultado final, que queda "recortado" del tipo⁸⁰.

Por tratarse de esta modalidad de delito, la consumación del ilícito dependerá del momento en que se realicen cada una de las acciones alternativas previstas en el tipo, sin que se requiera la efectiva explotación de la víctima.

2 — Finalidad de explotación

Al realizar las acciones típicas, el autor debe estar motivado hacia la explotación de la víctima. No se requiere en cambio la finalidad de lucro, motivación que debería encontrarse entre las agravantes, en función del mayor disvalor de acción.

La ley 26.364, modificada por ley 26.842, realiza una enumeración taxativa de las situaciones comprendidas como supuestos de explotación a los fines de brindar ma-

⁷⁷ Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., 2004, p. 230.

⁷⁸ Mezger, *Derecho penal. Libro de estudio. Parte general*, 1958, p. 152.

⁷⁹ Jakobs, *Derecho penal. Parte general*, 1995, p. 370 y siguientes.

⁸⁰ Sancinetti, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 1991, p. 320.

yor certeza, conforme al principio de legalidad, y acotar las posibles interpretaciones del término:

Art. 2º, ley 26.364. — “... A los fines de esta ley se entiende por explotación la configuración de cualquiera de los siguientes supuestos, sin perjuicio de que constituyan delitos autónomos respecto del delito de trata de personas: a) Cuando se redujere o mantuviere a una persona en condición de esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad; b) Cuando se obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados^[81]; c) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la prostitución ajena o cualquier otra forma de oferta de servicios sexuales ajenos; d) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la pornografía infantil o la realización de cualquier tipo de representación o espectáculo con dicho contenido; e) Cuando se forzare a una persona al matrimonio o a cualquier tipo de unión de hecho; f) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la extracción forzosa o ilegítima de órganos, fluidos o tejidos humanos...”.

La conducta del sujeto activo debe estar orientada a la configuración de cualquiera de los supuestos enumerados en la ley, sin ser requisito para la consumación del delito que tal explotación se produzca.

Sobre el análisis de los supuestos de explotación se dará tratamiento independiente en el capítulo siguiente.

c) Consumación y tentativa

Lamentablemente la ley, al hablar de ofrecimiento, no define claramente que en este acto quede comprendida la entrega de una persona, ya que el hecho de ofrecer no necesariamente implica el compromiso de entrega.

El ofrecimiento tiene lugar cuando alguien, por cualquier medio, disponga ilegítimamente la entrega o traslado de una persona. Si el sujeto activo se comprometiera a conseguir una víctima y no lo lograra por circunstancias ajenas a su voluntad, se estaría en el campo de la tentativa.

Las otras acciones descriptas en la ley no generan conflicto de comprensión. En cualquiera de los supuestos analizados se admite la tentativa, siempre que el autor haya realizado por completo la acción descripta en el tipo penal, y el resultado no se haya concretado por circunstancias ajenas a su voluntad.

⁸¹ “No están necesariamente abarcados por la norma que prohíbe el delito de trata de personas aquellos supuestos en los que la finalidad sea la realización de trabajo clandestino o no formalizado, sino que deberá tratarse de casos en los que exista amenaza de castigo (que podrá ser de cualquier tipo: violencia física, amenaza a la víctima o a su familia, amenaza de denuncia a las autoridades migratorias para quienes estén en una situación irregular si no realizan trabajos en talleres textiles clandestinos) que proyoque un vicio en la voluntad del trabajador” (decisión de la mayoría). (CF Tucumán, 20/12/13, causa n° 27.061/12).

En el derecho argentino vigente se encuentra legislada la figura del desistimiento, que tiene lugar cuando el autor de una tentativa punible realiza un acto voluntario por el que decide no continuar con la producción del resultado (art. 43, CP). Como consecuencia de ello, la conducta desistida no es punible.

§ 5. Figuras agravadas

“... La pena será de cinco a diez años de prisión cuando:

- 1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.*
- 2. La víctima estuviere embarazada, o fuere mayor de setenta años.*
- 3. La víctima fuera una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma.*
- 4. Las víctimas fueren tres o más.*
- 5. En la comisión del delito participaren tres o más personas.*
- 6. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.*
- 7. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.*

Quando se lograra consumar la explotación de la víctima objeto del delito de trata de personas la pena será de ocho a doce años de prisión.

Quando la víctima fuere menor de dieciocho años la pena será de diez a quince años de prisión” (art. 145 ter, CP).

a) Medios comisivos

Con anterioridad a la reforma introducida por la ley 26.842, eran elementos del tipo de la figura del art. 145 *bis* del CP, que contemplaba la trata de mayores de dieciocho años, los medios comisivos de engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro tipo de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad y concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima. En el caso de la trata de menores de edad, que se encontraba tipificado en el art. 145 *ter* del Código sustantivo, los mismos medios comisivos conformaban la figura agravada.

Luego de la reforma de 2012 por ley 26.842, el art. 145 *bis* solo detalla la acción comisiva, el fin de la misma y la condena aplicable. Los medios comisivos fueron eliminados de la figura básica y fueron incluidos como agravantes en el art. 145 *ter*, inc. 1º,

que prescribe una pena de cinco a diez años de prisión cuando se emplearan tales medios. Es pertinente recordar que a partir de la reforma no se distingue entre trata de mayores o menores de edad sino que el art. 145 *bis* establece la figura básica y el art. 145 *ter*, la figura agravada, estableciéndose como uno de las agravantes la condición de minoridad del sujeto pasivo.

Toda vez que este delito admite diferentes etapas en su consumación, cada una de estas puede llevarse a cabo empleando diferentes medios comisivos:

Por *engaño o fraude* se entiende la acción tendiente a inducir a la víctima a un error que podrá el sujeto activo aprovechar para consumir el delito. Comúnmente se realizan falsas ofertas de trabajo, viajes o beneficios que ocultan la finalidad de explotación subyacente en el ilícito, que de conocerla la víctima no accedería a la propuesta realizada. En estos casos es sumamente importante para su persecución, la efectiva acreditación del ardid o la motivación de la víctima para perfeccionar el traslado al lugar donde sería explotada⁸².

El término *violencia* es comprensivo de diferentes formas y modalidades que han sido analizadas y estudiadas en distintos instrumentos sobre el tema.

Por ejemplo, de acuerdo a la ley 26.485 de Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra la Mujer, se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal (art. 4º). Se enumeran en la citada ley como tipos de violencia, la física, psicológica, sexual, económica y patrimonial, y simbólica (art. 5º).

La violencia es una forma de sometimiento y agresión mediante la cual el autor domina a la víctima para obtener el fin propuesto.

Conforme al art. 78 del CP, queda comprendido en el concepto de violencia, el uso de medios hipnóticos o narcóticos.

La *amenaza* se encuentra tipificada como delito autónomo en los delitos de los arts. 149 *bis* y 149 *ter* del CP. La acción vulnera la libertad de las personas, imponiendo un modo de actuar o no actuar que no es voluntario, sino influido por el temor de un mal futuro para sí o para terceros.

La *coerción* se basa en la amenaza de la utilización de violencia para condicionar el comportamiento de una persona, se asocia a la represión, restricción o inhibición.

El *abuso de autoridad* ha sido receptado en el CP dentro de los delitos que pueden cometer los funcionarios públicos (art. 248 y ss.); no obstante ello, el medio co-

⁸² "No queda acreditado el engaño de las presuntas víctimas del delito de trata de personas si estas tienen oportunidad de volver libremente a su lugar de origen, lo cual puede demostrarse a partir del hecho de que ya han trabajado previamente en el mismo lugar y que conocen desde antes a quien acusan de haberlas engañado" (voto de los jueces Carrillo y Arribillaga). (CF Rosario, Sala A, 14/9/12, "González Sotelo, Silvina y otros", causa n° 4884-P).

misivo no es privativo de estos delitos. Conceptualmente es una especie de coacción, en que un superior se aprovecha de su cargo y atribuciones frente a alguien que está ubicado en una situación de dependencia o subordinación.

Con dudoso criterio, por falta de rigurosidad en la definición del medio comisivo, se ha introducido el *abuso de una situación de vulnerabilidad*⁸³ en la legislación argentina. La vulnerabilidad es un estado en el cual una persona se encuentra expuesta a explotación, entre otros padecimientos. Alguna jurisprudencia relativamente reciente se ha expedido al respecto⁸⁴.

La mera existencia de una vulnerabilidad no basta para apoyar la acusación de que el abuso de una situación de vulnerabilidad fue el medio empleado para llevar a cabo un "acto" determinado. En esos casos, tanto la *existencia* de la vulnerabilidad como su *abuso* deben demostrarse mediante pruebas fidedignas.

Enquadran en este supuesto los casos de servidumbres por deuda que tienen alguna de las finalidades típicas⁸⁵.

⁸³ "Aunque la víctima esté inmersa en un estado de fragilidad y precariedad económica, no puede darse por acreditado el abuso de su situación de vulnerabilidad por parte de la persona acusada, si es la víctima quien averigua su teléfono y se contacta con ella para solicitarle trabajo, en especial si le miente en varias oportunidades sobre su edad para lograr su cometido. Para que se configure el delito de trata de personas (art. 145 bis del CP, texto según ley 26.364) no basta la sola situación de vulnerabilidad de la víctima, sino que se requiere también que el autor tome ventaja de ella. El abuso de una posición de vulnerabilidad debe ser entendido de manera tal que la persona damnificada no tenga más opción verdadera ni aceptable que someterse al abuso" (del voto del juez Gavier, al que adhirió el juez Muscara). (TOCF n° 1 Córdoba, 2/12/13, "Fernández, Norberto Joaquín", causa FCB 91000068/2013/TO1).

⁸⁴ Por ejemplo, el caso de "la víctima que al momento de ser captada tenía quince años de edad, una compleja estructura vital caracterizada por la extrema pobreza, un conflictivo entorno familiar, el abandono y la ausencia de protección paterno-materna, todo lo cual la volvía especialmente vulnerable" y cuya situación es agravada por su madre que con la falsa promesa de un trabajo de niñera conduce a la niña a un prostíbulo en la provincia de Buenos Aires y luego a los dominios del imputado". (CNCP, Sala I, jun. 2011, "Martínez, Estela y Arriola, Mario Francisco s/Recurso de casación", causa n° 13.607, del voto del doctor Madueño).

Así también el caso de los imputados que acogieron en su domicilio a víctimas de distintas nacionalidades, algunas de ellas menores de edad, con fines de explotación sexual y obtención de provecho económico. Se consideró un supuesto de abuso de la situación de vulnerabilidad de las víctimas que fueron incitadas a venir a nuestro país con el convencimiento de mejorar la situación económica por la que se encontraban atravesando y a la que luego los imputados retenían la mitad del dinero abonado por las personas que concurrían al lugar para mantener relaciones sexuales, descontando del restante dinero los gastos de vivienda, comida, ropa, limpieza, permitiendo el envío de pequeñas remesas a familiares (TOCF Mar del Plata, 8/2/10, "Ortega, Mora Gloria Raquel y otra s/Arts. 145 bis, pto. 3° y 145 ter, CP").

⁸⁵ "... Las mujeres que estaban allí manifestaron que en la actualidad están administrando la casa solas toda vez que no hay encargada y que la deuda que mantenían aún no la han pagado y una de ellas refiere que su deuda, respecto de los pasajes, la ha cancelado mediante un giro a Para-

La Procuración General de la Nación hizo mención al tema sosteniendo que "de acuerdo con las Notas Interpretativas de la Convención (de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional), en su art. 3º, ap. a, sec. 63, el abuso de una posición de vulnerabilidad debe ser entendido en referencia a "Toda situación en que la persona interesada no tiene más opción verdadera ni aceptable que someterse al abuso ..."⁸⁶.

Las Reglas de Brasilia⁸⁷ señalan que se considera en condición de vulnerabilidad aquella víctima del delito que tenga una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización. La vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal.

Destacan a estos efectos, entre otras víctimas, las personas menores de edad, las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar, las víctimas de delitos sexuales, los adultos mayores, así como los familiares de víctimas de muerte violenta (Regla n° 11).

Corresponde señalar que para establecer cuál es el parámetro de vulnerabilidad, el citado instrumento recurre a la potestad o no de la persona para el ejercicio de derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico⁸⁸.

Así, la edad, el género, el estado físico o mental o las circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales pueden impedir en determinadas circunstancias el pleno ejercicio de los derechos. Efectivamente, en el citado documento, se mencionan como causales de vulnerabilidad, de manera no taxativa, a la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad (Regla n° 1, párr. 2º).

Es importante señalar que las categorías de persona vulnerable no se agotan en las descritas por el documento; en las citadas reglas se hace referencia a migrante o refugiado y se ha omitido abordar la problemática de la persona extranjera cuya condición ha sido contemplada como dificultosa, al punto que la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, ratificada por la Argentina mediante ley

guay, no haciendo referencia del destinatario del dinero', surgiendo de lo expuesto el sometimiento a una deuda económica sufrido por las víctimas a los fines de forzarla para ser explotada en beneficio de los encartados". (TOCF Mar del Plata, 8/2/10, "Ortega, Mora Gloria Raquel y otros/Arts. 145 bis, pto. 3º y 145 ter, CP").

⁸⁶ Dictamen de fecha 16/3/10, en S.C. Comp. 611; L. XLV.

⁸⁷ Adoptadas en el marco de la "XIV Cumbre Judicial Iberoamericana".

⁸⁸ La Regla n° 1 en su primer párrafo define el concepto de persona en condición de vulnerabilidad.

17.081⁸⁹, y jurisprudencia de la Corte Interamericana establecen la obligación del Estado cuando un extranjero es detenido, de notificarlo de su derecho a establecer contacto con un funcionario consular e informarle que se halla bajo custodia del Estado. Inexplicablemente, las reglas tampoco mencionan a las minorías sexuales, que por la propia incapacidad de insertarse laboralmente en un trabajo formal, son muchas veces captadas por los autores de este delito.

El mejor modo de evaluar la existencia de vulnerabilidad es caso por caso, teniendo en cuenta la situación personal, geográfica y circunstancial de la presunta víctima. La vulnerabilidad personal, por ejemplo, puede estar relacionada con una discapacidad física o psíquica. La vulnerabilidad geográfica puede deberse a que la persona esté en situación irregular en un país extranjero y se encuentre social o lingüísticamente aislada. La vulnerabilidad circunstancial puede estar relacionada con el desempleo o la penuria económica. Esas vulnerabilidades pueden existir previamente o ser creadas por el sujeto activo. La vulnerabilidad ya existente puede deberse, entre otras cosas, a la pobreza, la discapacidad psíquica o física, la juventud o la avanzada edad, el género, un embarazo, la cultura, el idioma, las creencias, la situación familiar o la condición de irregularidad. Se puede crear vulnerabilidad, entre otras cosas, mediante el aislamiento social, cultural o lingüístico, la situación irregular o una dependencia cultivada mediante una drogadicción o un apego romántico o emocional, o bien recurriendo a rituales o prácticas culturales o religiosos⁹⁰.

El abuso de una situación de vulnerabilidad ocurre cuando la vulnerabilidad personal, geográfica o circunstancial de una persona se usa intencionadamente o se aprovecha de otro modo para realizar las acciones típicas de delito de trata, de modo que la persona crea que someterse a la voluntad del sujeto activo es la única alternativa real o aceptable de que dispone y que resulte razonable que crea eso a la luz de su situación. Al determinar si es razonable la creencia de la víctima de que no tenía otra opción real o aceptable deben tenerse en cuenta sus características y circunstancias personales⁹¹.

Se ha sostenido la existencia de un proceso de selectividad, basado en la vulnerabilidad victimizante, según que los candidatos a la victimización tengan bajas o altas probabilidades de sufrirla, o sea, que existe un paralelo reparto selectivo conforme a la vulnerabilidad del delito⁹².

⁸⁹ Sancionada el 23/12/66.

⁹⁰ UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito). Nota orientativa sobre el concepto de "abuso de una situación de vulnerabilidad" como medio para cometer el delito de trata de personas, expresado en el art. 3° del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, p. 2.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² Zaffaroni - Alagia - Slokar, *Derecho penal. Parte general*, 2000, p. 14.

No se necesitan demasiadas explicaciones sobre lo que se entiende por *concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima*, sin embargo, al respecto se ha sostenido que es autor tanto el que entrega como el que recibe el beneficio sin importar si el mismo se realiza en forma directa o por intermediario, a quien tenga autoridad sobre la víctima (padres, familiares, tutores, cuidadores, guardianes, entre otros)⁹³.

La Convención de La Haya de 1993, en igual sentido, en materia de adopciones internacionales estableció que para que pueda realizarse la adopción, el Estado debe constatar que el consentimiento otorgado no hubiera sido obtenido por pagos o compensaciones (art. 4º, inc. c.3). Argentina ha manifestado reserva respecto del art. 21, incs. b), c), d) y e) de la CDN, referidos al tema de adopción internacional, para que no rija en su jurisdicción, por entender que constituye un inconveniente el seguimiento que debería darse en el orden internacional, a efectos de impedir el tráfico y trata de niños (art. 2º, ley 23.849).

b) Calidad del sujeto pasivo

La norma prescribe mayor respuesta punitiva cuando la víctima estuviera embarazada, fuera mayor de setenta años o estuviera discapacitada, enferma o no pudiera valerse por sí misma.

Se entiende que en los casos descriptos, la víctima se encuentra en una situación de mayor vulnerabilidad respecto del sujeto activo, razón por la cual corresponde aplicar una mayor sanción, circunstancia que también dependerá de las reglas generales sobre determinación de la pena previstas en los arts. 40 y 41 del CP.

c) Pluralidad de víctimas

Cuando las víctimas del delito fueran tres o más personas se configura el tipo agravado⁹⁴. No se encuentran fundamentos que justifiquen la pena superior debido a la cantidad de numerosas víctimas, salvo que se entienda que el tener bajo do-

⁹³ Aboso, en *Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia*, 3ª ed., 2016, p. 753.

⁹⁴ "Los imputados, junto a otras personas que a la fecha de la sentencia se encontraban rebeldes, sometieron a una cantidad considerable de personas de nacionalidad paraguaya y boliviana (por lo menos 47 personas, entre las que se encontraban no menos de 9 niños) a una situación de trata laboral, aprovechándose, en la mayoría de los casos, de su situación de inmigrantes ilegales. La situación de explotación tuvo lugar en el rubro de confección textil, en talleres clandestinos. El tribunal condenó a los imputados como autores penalmente responsables del delito de trata de personas agravado por la pluralidad de víctimas en concurso real con el delito de falsificación y/o imitación fraudulenta de marcas registradas". (TOCF n° 4 San Martín, 27/10/11, causa n° 2565).

minio a un número superior de individuos convierta a la organización en una agencia de mayor peligrosidad o que se castigue la mayor estructura delictiva.

d) Comisión por tres o más personas

La pluralidad de agentes activos constituye el fundamento de la figura calificada en este caso.

La redacción de la ley 26.842 modificó la agravante contenida en los arts. 145 *bis*, inc. 2º, y 145 *ter*, inc. 3º del CP, excluyendo que la reunión de tres o más personas fuera "en forma organizada".

La respuesta penal más gravosa se aplica por la pluralidad de agentes activos.

La razón de esta modalidad delictiva se encuentra en la facilitación de la comisión de esta clase de delitos, frente a la menor posibilidad de defensa de la víctima⁹⁵.

e) Calidad del autor

El fundamento de la agravante en razón del parentesco reside en la vulneración a las obligaciones de resguardo y especial respeto derivadas del vínculo parental⁹⁶ y de una situación de preeminencia y mayor poder del autor sobre la víctima⁹⁷.

En la reforma de 2012 se sustituyó el término "hermanos" por "colaterales", ampliando los sujetos comprendidos en la calificante.

Es criticable que al no limitar el grado de parentesco comprendido en esta agravante, pudiera extenderse excesivamente la interpretación al respecto.

Además de los ascendientes y descendientes se incluye expresamente el parentesco por afinidad. El art. 536 del CCCN expresa que este es el que existe entre la persona casada y los parientes de su cónyuge, y se computa por el número de grados en que el cónyuge se encuentra respecto de esos parientes. El parentesco por afinidad no crea vínculo jurídico alguno entre los parientes de uno de los cónyuges y los parientes del otro.

⁹⁵ De Luca - López Casariego, comentario al art. 119, en *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Eugenio Raúl Zaffaroni - David Baigún (dirs.), 2ª ed., 2010, t. 4, p. 618; Donna, *Derecho penal. Parte especial*, 1999, t. I, p. 423; Nuñez, *Tratado de derecho penal, Parte especial*, 2ª ed., 1965, t. III, vol. II, p. 277; idem, *Manual de derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., 1999, p. 110; Creus, *Derecho penal. Parte especial*, 1996, t. I, p. 203; Fontán Balestra, *Tratado de derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., 1996, t. V, p. 89; Molinaro - Aguirre Obarrio, *Los delitos*, 1996, t. I, p. 448; Laje Anaya - Gavier, *Notas al Código Penal argentino. Parte especial*, 1995, t. II, p. 154.

⁹⁶ Nuñez, *Derecho penal argentino*, 1964, t. IV, p. 270; D'Alessio, en *Código Penal comentado y anotado*, Andrés J. D'Alessio (dir.) - Mauro A. Divito, (coord.), 2006, t. II, p. 181.

⁹⁷ De Luca - López Casariego, comentario al art. 119, en *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Eugenio Raúl Zaffaroni - David Baigún (dirs.), 2ª ed., 2010, t. IV, p. 617.

Resulta fácil advertir la similitud entre la redacción de esta agravante y la contenida en el art. 119 del CP referente a delitos contra la integridad sexual.

Cuando el autor fuera cónyuge o conviviente, los fundamentos de la mayor pena radican en el serio quebrantamiento del deber de respeto inherente al vínculo. Por conviviente debe entenderse que se han cumplimentado los requisitos establecidos por el CCCN estipulados para las uniones convivenciales (art. 509 y ss.). Cónyuge es quien mantiene un vínculo subsistente de matrimonio válido con la víctima al momento del hecho. El requisito de validez supone el cumplimiento de la normativa vigente, de modo que un matrimonio servil no podría considerarse una forma válida.

Se entiende por matrimonio forzoso o servil la práctica en virtud de la cual una persona, sin derecho a negarse a ello, es prometida o dada en matrimonio con arreglo al pago de una suma de dinero o en especie a sus padres, tutores, familiares o a otra persona o grupo. Ocurre lo mismo cuando el esposo de una mujer, su familia o su clan la transfieren a otra persona a cambio de un valor u otra consideración o cuando una mujer es heredada por otra persona a la muerte de su esposo⁹⁸. En estos casos, debido a la invalidez inicial del matrimonio, debe aplicarse la figura simple del delito.

En los casos en que el autor fuera tutor, curador, encargado de la educación o guarda de la víctima, ministro de algún culto o miembro de fuerzas de seguridad, policial o penitenciaria, el fundamento de la agravante reside en que este se encuentra en posición de garante respecto de la víctima.

La calidad de tutor está dada por quien debe brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental (art. 104, CCCN), mientras que la principal función del curador es la de cuidar a la persona incapaz y sus bienes, y tratar de que recupere su salud. Las rentas de los bienes de la persona protegida deben ser destinadas preferentemente a ese fin (art. 138, CCCN).

Por encargado de la educación se alude a aquella persona que tiene a su cargo la tarea de instruir al sujeto pasivo, cooperando en su formación en un ambiente de estudio, aunque no tenga la específica función de enseñar⁹⁹, lo que incluye a las autoridades de escuelas o colegios, maestros, profesores, preceptores o institutrices, directores de cualquier tipo de investigación, por citar algunos casos.

Cuando se trate del encargado de la guarda, se considera que concurren las mismas disposiciones que para el encargado de la educación. La agravación tiene su ra-

⁹⁸ Conceptos extraídos del proyecto de ley antitrata de las Naciones Unidas, citado por la senadora Sonia Escudero en el debate parlamentario de fecha 31/8/11.

⁹⁹ Donna, *Derecho penal. Parte especial*, 1999, t. I, p. 87; Creus, *Derecho penal. Parte especial*, 1996, t. I, p. 202. Además, cfr. D'Alessio, en *Código Penal comentado y anotado*, Andrés J. D'Alessio (dir.) - Mauro A. Divito, (coord.), 2006, t. II, p. 182.

zón en virtud de los deberes particulares inherentes al cargo del autor o las obligaciones asumidas. Estos últimos exigirán la concreta relación entre el autor y la víctima en virtud de la función¹⁰⁰.

La agravante por ser el autor ministro de algún culto encuentra fundamentos en la relación de confianza y respeto. No hay solo un quebrantamiento del deber de asistencia espiritual sino que la víctima se encuentra en una mayor vulnerabilidad derivada de su posición subordinada.

La razón de la agravante por ser funcionario público se deriva de la mayor responsabilidad de protección inherente a sus funciones. Por funcionario público debe entenderse lo estipulado en el art. 77 del CP y la ley 25.188 de Ética en el Ejercicio de la Función Pública, de 1999.

Los miembros de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria se encuentran en una posición de autoridad o jerarquía respecto de la víctima, que se fundamentan en iguales razones que las expuestas anteriormente.

f) *Consumación de la explotación*

En el anteúltimo párrafo del art. 145 *ter* la ley prescribe de ocho a doce años de prisión cuando se lograra consumir la explotación de la víctima objeto del delito de trata de personas.

Conforme lo analizado, la figura típica establece que para que se consuma el delito de trata se requiere que se cometan las acciones típicas enunciadas en el art. 145 *bis* "con fines de explotación" pero no es requisito que tal explotación se produzca. El art. 2º de la ley 26.364, en su actual redacción, al definir los supuestos de explotación enuncia que: "... A los fines de esta ley se entiende por explotación la configuración de cualquiera de los siguientes supuestos, sin perjuicio de que constituyan delitos autónomos respecto del delito de trata de personas ...". Es posible sostener que la expresión propia de la norma "sin perjuicio de que se constituyan delitos autónomos respecto del delito de trata de personas", implica que en caso de concurrir otros delitos con la trata se producirá un concurso de delitos en cualquiera de sus formas¹⁰¹.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ "Se condenó a las dos personas como coautoras del delito de trata de persona mayor de edad, en la modalidad de captación y acogimiento con fines de explotación laboral en concurso ideal con la facilitación de permanencia ilegal de extranjeros en el país con el fin de obtener un beneficio, agravado por el abuso de la necesidad e inexperiencia de la víctima". (TOCF General Roca, 1/7/14, causa n° 12000091/2010).

"Tres personas fueron condenadas por la figura del delito de trata de personas (reiterado en cinco oportunidades), en concurso ideal con reducción a la servidumbre y facilitación agravada de permanencia ilegal de inmigrantes. En el caso, dos de los imputados fueron, además, imputados por el delito de abuso sexual tentado —un hecho— y consumado —dos hechos— (art. 119, CP)". (TOCF n° 4 San Martín, 15/3/13, "Av. Pta. Inf. ley 26.364", causa n° 6127).

En el caso en que la explotación se concrete, existirá la posibilidad de aplicar otras figuras penales de acuerdo al marco normativo que se relaciona con cada finalidad.

Por ejemplo, cuando el autor realice algunas de las acciones que prevé el delito de trata con la finalidad de aprovechamiento sexual, y esta se desarrolle a través del ejercicio de la prostitución ajena, podrán resultar de aplicación los arts. 125 *bis*, 126 y 127 del CP o el art. 17 de la Ley de Profilaxis Antivenérea 12.331. O bien, cuando la explotación sexual se vincule con la pornografía infantil, resultará de aplicación el art. 128 del CP.

En cambio, en los casos de finalidad de usufructo laboral o finalidad de reducción a esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad, podrán resultar de aplicación el delito de reducción a servidumbre (art. 140, CP), alguno de los tipos penales de la Ley de Migraciones 25.871 o los arts. 35 y 36 de la Ley de Trabajo a Domicilio 12.713¹⁰².

Debe quedar en claro entonces, que el legislador "anticipa" aquí, el momento de la consumación aunque el objeto del bien jurídico o bienes jurídicos no esté todavía materialmente perjudicado, o lo esté solo en parte. Estas estructuras reciben en doctrina el nombre de "delitos de intención, o de propósito trascendente", es decir que la intención excede el marco del tipo objetivo¹⁰³.

g) Trata de personas menores de dieciocho años

El motivo de la mayor incidencia del ilícito en niños responde a la propia condición de estos que, como individuos cuya personalidad se encuentra en formación y por ende más influenciables, en numerosas oportunidades se encuentran con mayores posibilidades de ser captados por redes criminales. Es posible por ello que a sus representantes, sobre todo en el nivel inicial del delito, les resulte más sencillo impartir órdenes o engañar a quienes no han completado su capacidad para poder diferenciar una premisa lícita de una que no lo es.

Como se ha explicado anteriormente, en la redacción de la ley 26.364 previa a la reforma introducida por la ley 26.842, el delito de trata se encontraba tipificado en los arts. 145 *bis* y 145 *ter* sobre trata de mayores y trata de menores, respectivamente. En la actual redacción se optó por establecer una figura básica que se agrava en caso de que la víctima fuera menor de edad.

El art. 145 *ter* estaba dedicado en su previa formulación a las personas menores de dieciocho años de edad, manteniendo la misma pena del artículo anterior de adultos

¹⁰² Sancinetti, *Teoría del delito y disvalor de la acción*, 2001, p. 319. Véase también sobre este tema Fellini, *Delito de trata y tráfico de niños*, sobre el concurso de delitos a que da lugar la figura, donde se especifica ampliamente sobre estos supuestos.

¹⁰³ De Luca, comentario a los arts. 145 *bis* y *ter*, en *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Eugenio Raúl Zaffaroni - David Baigún (dirs.), 2ª ed., 2008, t. 5, p. 446.

en su forma más grave, es decir, de cuatro a diez años de prisión. Esta se aumentaba de seis a quince años de prisión cuando la víctima fuere menor de trece años.

Con la reforma introducida por la ley 26.842 la última distinción fue suprimida, por lo que se incluye en la agravante a toda persona menor de dieciocho años, y la pena que se aplica es de diez a quince años de prisión¹⁰⁴, constituyendo la forma más gravosa de comisión del delito.

El actual art. 145 *ter* del CP prevé que cuando la víctima sea menor de dieciocho años la sanción será mayor¹⁰⁵, de la misma manera que la escala de los delitos contemplados en los arts. 125¹⁰⁶, 126¹⁰⁷ y 127¹⁰⁸ en el mismo supuesto. Estos últimos artículos también fueron modificados por ley 26.842 en 2012.

¹⁰⁴ "Dos personas de nacionalidad boliviana fueron imputadas por el delito de trata de personas con fines de explotación laboral en predios rurales, agravado por el número de víctimas (más de diez) y por la edad de una de ellas. El tribunal condenó a los imputados y les aplicó la figura agravada por haber tenido lugar contra menores de edad, mediando engaño y abuso de su situación de vulnerabilidad". (TOCF Jujuy, 13/5/13, causa n° 74/11).

¹⁰⁵ "No corresponde la aplicación del art. 145 *ter* del CP—texto según ley 26.364—si la víctima, de diecisiete años, induce a error acerca de su mayoría de edad a la persona acusada de haberla acogido con fines de explotación" (voto del juez Falcucci, al que adhirieron los jueces Gavier y Muscara). (TOCF n° 1 Córdoba, 2/12/13, "Fernández, Norberto Joaquín", causa FCB 91000068/2013/TO1).

¹⁰⁶ Art. 21, 26.842: "Sustitúyese el art. 125 *bis* del CP por el siguiente:

Art. 125 *bis*.— *El que promoviere o facilitare la prostitución de una persona será penado con prisión de cuatro a seis años de prisión, aunque mediere el consentimiento de la víctima*".

¹⁰⁷ Art. 22 de la ley 26.842: "Sustitúyese el art. 126 del CP por el siguiente:

Art. 126.— *En el caso del artículo anterior, la pena será de cinco a diez años de prisión, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:*

1. *Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.*
2. *El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.*
3. *El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.*

Cuando la víctima fuere menor de dieciocho años la pena será de diez a quince años de prisión".

¹⁰⁸ Art. 23 de la ley 26.842: "Sustitúyese el art. 127 del CP por el siguiente:

Art. 127.— *Será reprimido con prisión de cuatro a seis años, el que explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, aunque mediere el consentimiento de la víctima.*

La pena será de cinco a diez años de prisión, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

- 1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.*
- 2. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afin en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.*
- 3. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.*

Cuando la víctima fuere menor de dieciocho años la pena será de diez a quince años de prisión”.

UNIDAD 2

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD

Competencias

- Analizar el estado actual del delito de acoso y sus fundamentos frente a las nuevas formas de criminalidad.

PRIMERA LECTURA

Guillermo B. W. y Rodríguez-Bailòn, R. (2015). *La desigualdad de poder: Fundamento del acoso*. Rivas Vallejo, P. y García Valverde, M. D. (Directoras). Caballero Pérez, M. J. y Tomás Jiménez, N. (Coordinadoras). Tratamiento integral del acoso. Navarra, España. Editorial Aranzadi, pp. 53-66.

Se presenta brevemente la forma en la que se ha estudiado el poder desde la psicología social, aspecto que puede resultar relevante para entender los procesos psicológicos que podrán subyacer al acoso.

PILAR RIVAS VALLEJO
MARÍA DOLORES GARCÍA VALVERDE
(Directoras)
MARÍA JOSÉ CABALLERO PÉREZ
NATALIA TOMÁS JIMÉNEZ
(Coordinadoras)

TRATAMIENTO INTEGRAL DEL ACOSO

THOMSON REUTERS
ARANZADI

Primera edición, 2015



THOMSON REUTERS PROVIEW™ eBooks

Incluye versión en digital

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2015 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Pilar Rivas Vallejo, María D. García Valverde, María José Caballero Pérez, Natalia Tomás Jiménez y otros]

Editorial Aranzadi, SA

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-9059-841-2

Depósito Legal: NA 36/2015

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, SA

Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL

Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11

31018 - Pamplona

La desigualdad de poder: fundamento del acoso

GUILLERMO B. WILLIS

Profesor Ayudante Doctor

Universidad de Granada

ROSA RODRÍGUEZ-BAILÓN

Profesora Titular de Universidad

Universidad de Granada

SUMARIO: 1. EL PODER DESDE LA PSICOLOGÍA SOCIAL. 1.1. *Definición de «poder».* 1.2. *El poder corrompe, libera y focaliza.* 1.3. *El estudio de los efectos del «poder».* 2. PODER, MOTIVACIÓN Y ACOSO. 2.1. *El poder y las metas relacionadas con las recompensas.* 2.2. *El poder y la accesibilidad de las metas.* 2.3. *Poder y acoso.* 3. CONCLUSIÓN. Bibliografía.

1. EL PODER DESDE LA PSICOLOGÍA SOCIAL

Parafraseando la famosa frase de Bertrand RUSSELL (1938), se podría decir que en la misma medida que la energía es el concepto vertebrador para la física, el poder lo es para las ciencias sociales. En efecto, el poder es un proceso omnipresente en las interacciones sociales, tanto en los procesos que afectan a las relaciones interpersonales (e.g., las relaciones de pareja), como en los que se desencadenan a nivel intergrupal o incluso societal (e.g., la influencia de los partidos políticos, los conflictos entre naciones, o incluso la guerra).

Pero cuando hablamos de poder, ¿a qué nos referimos? En el próximo apartado de este capítulo se concretará la definición de poder con la que se trabajará en él. Posteriormente se presentará brevemente la forma en la que se ha estudiado el poder desde la psicología social, aspecto que puede resultar relevante para entender los procesos psicológicos que podrían subyacer al acoso.

1.1. DEFINICIÓN DE «PODER»

Una de las definiciones clásicas sobre el poder es la de DAHL (1957), que mantiene que «A tiene poder sobre B, en la medida en que logra que B haga algo que de otra forma no haría» (p. 202). En esta misma línea, SIMON (1957, p. 5) plantea que «A tiene poder sobre B cuando la conducta de A causa la conducta de B». En ambas definiciones se puede observar que el poder es definido como *influencia*. En otras palabras, una persona tiene poder sobre otra cuando cambia su comportamiento, por tanto se trataría de un tipo de influencia efectiva. No obstante, FISKE y BERDAHL (2007) han propuesto que el constructo de poder puede abordarse de tres formas distintas, y que la definición del poder como influencia es sólo una de ellas. Así, además de la definición clásica del poder como influencia efectiva (cuando una persona o grupo consigue cambiar el comportamiento de otra), el poder también se puede definir como influencia potencial (cuando tiene la intención de hacerlo, independientemente de que lo consiga), o como el control de resultados (materiales o simbólicos) deseados por los demás. De acuerdo a estas dos autoras, la tercera conceptualización, la del poder como control de los resultados, sería la más adecuada de las tres. En su opinión, al distinguir lo que el poder es (el control de los resultados), de lo que el poder causa (la influencia potencial o efectiva), éste se convierte en un constructo social más susceptible de ser estudiado de forma empírica. También permite examinar las consecuencias del poder en situaciones en las que el poder es percibido de forma legítima frente a situaciones en las que se percibe de forma ilegítima o injusta; es decir, se contempla la posibilidad de que las personas menos poderosas no siempre acepten su situación de inferioridad y pueden oponerse a la influencia de las personas más poderosas.

Por consiguiente, en este capítulo se definirá el poder utilizando la tercera perspectiva, considerándolo como «*el control relativo (que una persona tiene) sobre los resultados valorados por otras personas*» (FISKE y BERDHAL, 2007, p. 679). Dichos resultados pueden ser físicos (e.g., comida, placer, etc.), materiales (e.g., dinero, un puesto de trabajo, etc.) y/o sociales (e.g., aceptación, afecto, etc.).

Cabe destacar que esta definición del poder se podría situar en un nivel interpersonal, es decir, atañe a la relación entre dos o más personas. Se debe distinguir este tipo de poder (GUINOTE y VESCIO, 2010) del no relacional (o personal, véase LAMMERS, STOKER y STAPEL, 2009), que se caracteriza por la capacidad para actuar independientemente de los demás. Pero dentro de este tipo de poder relacional, también se pueden distinguir varios niveles de análisis. Uno es el que acabamos de describir al comienzo de este párrafo, que atañería a una relación entre dos personas, sería el poder a nivel interpersonal. No obstante, el poder también se puede situar en otros niveles. Por ejemplo, a nivel intergrupual se puede examinar el control que un grupo puede tener

sobre otro, mientras que a nivel ideológico se pueden estudiar las creencias que justifican las diferencias de poder en la sociedad (BRAUER y BOURHIS, 2006). En este capítulo se abordará el poder fundamentalmente desde una dimensión interpersonal, ya que es en este nivel en el que más claramente se puede localizar el fundamento psicosocial del acoso.

1.2. EL PODER CORROMPE, LIBERA Y FOCALIZA

Como se describirá más detalladamente en el siguiente apartado de este capítulo, algunas investigaciones sugieren que al tener poder sobre otras personas se activan algunos procesos cognitivos que facilitan la consecución de las metas personales (e.g., BRIÑOL, PETTY, VALLE, RUCKER y BECERRA, 2007; GUINOTE, 2007a), lo que al final hace que se mantenga la posición privilegiada de poder de quienes lo ostentan (FISKE, 1993). El hecho de que los poderosos se centren en sí mismos para conseguir lo que desean coincide con la concepción que muchas personas de la calle tienen de los poderosos como individuos egoístas e insensibles a las necesidades de los demás, sólo preocupados por conseguir sus propios objetivos, ganar más dinero y estatus, abusando de su poder (GRUENFELD, INESI, MAGEE y GALINSKY, 2008; KIPNIS, 1976).

Sin embargo, otro grupo de investigaciones también muestran que los poderosos en ocasiones se preocupan por los demás e intentan comprender detalladamente su comportamiento (GOODWIN, GUBIN, FISKE y YZERBYT, 2000; OVERBECK y PARK, 2001; RUSSELL y FISKE, 2010). Desde esta perspectiva el poder se entendería más como un proceso por el que quienes disfrutan del control sobre recursos valorados por todos (o casi todos) se responsabilizan de los que dependen de ellos, intentando destinar los privilegios de los que gozan al beneficio de los otros.

Pero, si, basándonos tanto en las investigaciones sobre el tema como en nuestras experiencias cotidianas, el poder muestra estas dos caras, la de la explotación y el abuso de los privilegios que otorga, por una parte; y la de la responsabilidad y la conducta de ayuda hacia los demás, por otra, cabría preguntarse, ¿qué determina el que se muestre una cara u otra?

Uno de los factores que se ha mostrado determina qué faceta del poder se pone de manifiesto está relacionado con las características personales de los individuos. En esta línea, los resultados de una serie de experimentos de CHEN, LEE-CHAI y BARGH (2001) mostraron que para los individuos con una orientación comunal, esto es, la orientada hacia los demás, la presentación previa del concepto de poder (vs. la no presentación) causaba un comportamiento más generoso, haciendo, por ejemplo, un reparto muy equitativo de la tarea

que se les pedía realizar durante el estudio. Por el contrario, los participantes con una orientación hacia el intercambio (basada en la obtención de los máximos beneficios personales) que fueron expuestos al concepto de poder, comparados con aquellos a quienes no se les presentó dicho concepto, dejaron para los otros participantes en el estudio las tareas que requerían mayor esfuerzo, actuando guiados principalmente por su propio beneficio.

Además, por otra parte, en un intento por seguir ahondando en las dos caras que puede presentar el poder, algunos investigadores han intentado ahondar en la naturaleza multifacética y situacional del poder (OVERBECK, 2010). Así, han encontrado que el poder parece permitir a los individuos que lo ostentan conseguir sus objetivos más fácilmente gracias a los procesos que describiremos en el siguiente apartado. Sin embargo, como esos objetivos pueden ser variables sobre todo en función de la situación, los poderosos son especialmente efectivos en emplear sus recursos cognitivos de forma flexible para alcanzar las necesidades que cada situación les demanda (GUINOTE, 2007b, 2010). Así, el poder permite a los individuos que lo ostentan focalizarse en las metas y objetivos más salientes en cada situación, determinados a su vez por la conceptualización que circunstancialmente se encuentra más activa en la mente de quienes lo disfrutan (OVERBECK Y PARK, 2001). Entre esas conceptualizaciones, las dictadas por la cultura parecen ser relevantes. En esta línea el poder se ha concebido clásicamente como un instrumento para hacer prevalecer los valores más importantes dentro de cada cultura (RUSSELL, 1938).

Así, algunos valores culturales enfatizan la concepción del poder, que algunos denominan personalista (MCCLELLAND, 1973; WINTER, 1973), desde la que se entiende como una posesión que permite a quienes lo ostentan emplearlo para conseguir las metas y objetivos personales, a la vez que se fomenta y/o se mantiene la valoración y el estatus conferido hacia los poderosos por parte de los que no tienen poder, lo que al final redundaría en la perpetuación de las diferencias de poder y estatus. En contraposición, otras culturas fomentan una visión del poder focalizado en la responsabilidad que los poderosos tienen de brindar ayuda a quienes dependen de ellos, lo que se concibe como el poder socializado. Por tanto, la cultura y, por ende, los valores más importantes dentro de ella, parecen jugar un papel relevante en la conceptualización del poder activada y la que arroja los distintos efectos que puede provocar en los individuos.

1.3. EL ESTUDIO DE LOS EFECTOS DEL «PODER»

El estudio del poder dentro de la psicología social comienza en los años sesenta (e.g., FRENCH y RAVEN, 1959; THIBAUT y KELLY, 1959). Desde entonces en esta disciplina se ha indagado la forma en la que el poder social afecta a los procesos cognitivos, afectivos y comportamentales. Sin embargo, no fue sino

hasta principios de los años noventa cuando su tratamiento ha sido sistemático y empírico dentro de la disciplina (FISKE y BERDAHL, 2007).

Al estudiar las consecuencias del poder la psicología social suele utilizar tanto métodos correlacionales como experimentales (WILLIS y RODRÍGUEZ-BAILÓN; 2010). Por ejemplo, a través del método correlacional, ANDERSON, JOHN y KELTNER (2012) examinaron la relación entre la sensación de poder (i.e., la medida en que los individuos sienten que tienen poder sobre su entorno más inmediato) y distintos rasgos de la personalidad, encontrando que el poder se asocia positivamente con la extraversión y la dominancia. Así, en los estudios correlacionales se suele medir el poder que las personas creen que tienen en un contexto determinado (e.g., el laboral), para después medir otras variables que se cree podrían estar relacionadas con el poder.

La otra forma de estudiar el poder es experimentalmente. Los participantes pueden ser asignados aleatoriamente a roles en los que tienen más o menos poder que otra persona. Por ejemplo, se les puede pedir a los participantes que durante el experimento realicen una tarea determinada (e.g., una torre *Lego*) en parejas, siendo un miembro de la pareja el líder (el que organice la tarea, dictamine cómo llevarla a cabo y evalúe el rendimiento del otro miembro de la pareja), mientras que la otra persona actuará como subordinado (GALINSKY, GRUENFELD y MAGEE, 2003). Esto permite que los participantes experimenten circunstancialmente ciertas cuotas de poder (o la falta del mismo) durante un período corto de tiempo. Posteriormente se pueden medir diferentes variables psicológicas para examinar sus efectos. Por ejemplo, en el estudio de GALINSKY *et al.* (2003) antes referido se encontró que las personas que habían sido asignadas aleatoriamente a los roles de líderes mostraban una mayor orientación a la acción que los subordinados en una tarea no relacionada con los roles que les fueron asignados. Esto es, los participantes a los que se les otorgó poder se mostraron más activos que los participantes a los que no se les otorgó dicho poder. Una de las conclusiones de este tipo de estudios es que el poder promueve la acción.

En el siguiente apartado se mostrarán los resultados que se han encontrado en algunos estudios experimentales llevados a cabo dentro de la psicología social del poder, y su relación con el tema principal que ocupa a este volumen, el acoso.

2. PODER, MOTIVACIÓN Y ACOSO

Uno de los mecanismos psicológicos que parecen más claramente afectados por el poder es la motivación (ANDERSON y BERDAHL, 2002; FISKE, 1993; GUINOTE, 2007a). Como se ha anticipado previamente, el ostentar poder afec-

ta a las metas y objetivos que los individuos se plantean alcanzar así como la forma en la que persiguen alcanzar dichos objetivos.

WILLIS y GUINOTE (2011) han intentado profundizar en la relación entre poder y metas proponiendo que el poder afecta directamente el contenido de las metas. En concreto, han planteado que las personas poderosas se muestran sesgadas hacia las metas que implican conseguir recompensas (en oposición a evitar castigos) y que además tienden a plantearse objetivos que cuentan con una gran accesibilidad cognitiva. A continuación se ahondará en cada una de estas dos consecuencias y su relación con el acoso psicológico.

2.1. EL PODER Y LAS METAS RELACIONADAS CON LAS RECOMPENSAS

Desde la teoría del poder y la aproximación-evitación, propuesta por KELTNER, GRUENFELD y ANDERSON (2003), se propone que las diferencias de poder se encuentran relacionadas con la activación de uno de los dos sistemas comportamentales generales: el Sistema de Aproximación conductual (BAS, *Behavioral Approach System*), y el Sistema de Inhibición Conductual (BIS, *Behavioral Inhibition System*). GRAY (1990) propone que el BAS es activado por los estímulos relacionados con las recompensas; mientras que el BIS suele activarse ante la presencia de estímulos amenazantes. Utilizando este punto de partida, KELTNER y colaboradores (2003) arguyen que el poder activa el BAS, ya que las personas poderosas suelen vivir en un ambiente con mayores recompensas y mayores constricciones sociales. Por el contrario, las personas no poderosas suelen estar expuestas en mayor medida a los castigos del entorno, lo que ocasiona una mayor activación del BIS.

Así pues, el poder social hace que los individuos sean más sensibles ante los estímulos positivos relacionados con las recompensas. Un ejemplo que pone de manifiesto este efecto es el experimento realizado por SMITH y BARGH (2008), quienes manipularon la activación del concepto de poder. Así, a los participantes en su investigación se les presentaron frases relacionadas con el poder (e.g., superior, jefe, etc.) o con el bajo poder (e.g., subordinado, sumiso, etc.). También utilizaron un grupo control (al que se le presentaron palabras neutras con respecto al poder). Posteriormente les pidieron a los participantes que intentaran salir de un laberinto. A todos los participantes se les presentó el mismo laberinto, pero la mitad de ellos tenían que atravesar el laberinto para alejarse de un estímulo negativo (i.e., en la representación gráfica del mismo aparecía un ratón que pretendía cruzar el laberinto para huir de un gato), mientras que la otra mitad atravesaba el mismo laberinto pero para acercarse a un estímulo positivo (i.e., el mismo ratón lo atravesaba para conseguir un queso). Los resultados mostraron que los participantes en la condición de poder consiguieron salir del laberinto más rápido cuando tenían la meta de alcanzar un estímulo positivo (i.e., el ratón

pretendía alcanzar el queso) que cuando buscaban evitar un estímulo negativo, y que además eran más rápidos que los otros dos grupos cuando buscaban el estímulo positivo (i.e., el ratón huía del gato). Por su parte, los participantes en la condición de bajo poder y en el grupo control no difirieron en la velocidad con la que realizaron los dos tipos de laberintos. Estos resultados sugieren que las personas poderosas muestran una mayor motivación por alcanzar estímulos positivos (e.g., recompensas) que por evitar estímulos negativos (e.g., castigos) y que además suelen estar más motivadas para alcanzar los estímulos positivos que las personas sin poder. Esto es consistente con otros resultados encontrados en la literatura en los que se muestran que las personas poderosas suelen ser menos sensibles a las críticas que los demás hacen de su desempeño (ANDERSON y BERDAHL, 2002), tienen mayores problemas para visualizar las consecuencias negativas que pueden tener sus decisiones (ANDERSON y GALINSKY, 2006) y suelen ser más optimistas sobre su futuro (WILLIS y RODRÍGUEZ-BAILÓN, 2011).

2.2. EL PODER Y LA ACCESIBILIDAD DE LAS METAS

Entre los autores que más firmemente defienden la función del poder como focalizador se encuentra Ana GUINOTE, quien propone en su teoría sobre el poder y la focalización situada (GUINOTE, 2007a) que el ostentar poder no sólo sesga a los individuos hacia los estímulos positivos, si no que hace que las personas utilicen en mayor medida la información que tienen cognitivamente disponible en cada momento. Esto suele explicarse a través de los efectos que el poder tiene sobre la atención (SMITH, JOSTMANN, GALINSKY y VAN DIJK, 2008; WILLIS, RODRÍGUEZ-BAILÓN y LUPIÁÑEZ, 2011). Debido a que las personas poderosas tienen menos constricciones sociales que las personas no poderosas, pueden permitirse centrar su atención en la información que sea más relevante. Por el contrario, las personas no poderosas viven, comparativamente, en un ambiente con mayores constricciones sociales y tienen una menor sensación de control, lo que obliga a los individuos que no tienen poder a dividir su atención entre los distintos estímulos que les llegan del contexto (GUINOTE, 2007b). Por ejemplo, en una interacción entre un supervisor y un subordinado, el supervisor puede centrar su atención en mayor medida en la tarea que debe realizar, mientras que el subordinado se ve obligado a preocuparse además por la forma en que pueda ser evaluado por su supervisor. En consecuencia, la persona poderosa mostraría una mayor focalización atencional en la tarea que la menos poderosa.

La mayor focalización atencional de los poderosos hace que, a su vez, éstos sean más hábiles para perseguir aquellas metas que se encuentran cognitivamente más accesibles; es decir, las metas que tienen un mayor potencial de activación en un momento determinado (HIGGINS, 1989). En este sentido, la

accesibilidad de las metas puede ser externa (e.g., impuesta por las demandas de la situación) o interna (e.g., relacionadas con la personalidad del individuo).

En esta línea, en diversos estudios experimentales se demuestra que las personas poderosas suelen ser más perseverantes y eficientes para alcanzar las metas impuestas por la situación (GUINOTE, 2007b). De la misma forma, las personas poderosas, en comparación con las no poderosas, suelen pensar más (i.e., tienen más accesibles) en las tareas que han dejado sin terminar (SLABU y GUINOTE, 2010).

Por otro lado, los poderosos también son más proclives a perseguir las metas que tienen crónicamente accesibles (CHEN, LEE-CHAI y BARGH, 2001; GUINOTE, WEICK y CAI, 2012). Como se ha comentado anteriormente, CHEN y colaboradores (2001) mostraron que las personas más colectivistas, esto es, para las que lo colectivo es muy importante, actuaban más prosocialmente cuando conseguían poder, mientras que en las personas más individualistas el poder incrementaba su egoísmo. Por su parte, KRAUS, CHEN y KELTNER (2011) encontraron que el poder hace que las personas sean más auténticas; esto es, que se muestren como realmente son, haciendo visibles sus valores y actitudes.

En su conjunto, estos estudios demuestran que las personas poderosas, en comparación con las no poderosas, son más proclives para seguir y alcanzar metas que se encuentran cognitivamente más accesibles, y que esta accesibilidad puede provenir tanto de fuentes externas como internas. En la siguiente sección se abordarán las implicaciones que estos resultados pueden tener para la conducta de acoso.

2.3. PODER Y ACOSO

En los apartados anteriores se ha mostrado que el poder social hace que las personas sean más proclives a plantearse tanto metas relacionadas con la obtención de recompensas como aquellas que se encuentran cognitivamente más accesibles (WILLIS y GUINOTE, 2011). ¿Cuáles pueden ser las implicaciones de estos resultados para explicar el origen del acoso psicológico?

Los efectos del poder sobre la accesibilidad de las metas en un contexto de acoso quedan ejemplificados en los experimentos realizados por BARGH, RAYMOND, PRYOR y STRACK (1995). En uno de sus experimentos estos autores emplearon un procedimiento de «priming» en el que presentaban a los participantes durante algunos milisegundos palabras relacionadas con el poder o palabras neutras. Inmediatamente después presentaban palabras relacionadas con el sexo. La tarea de los participantes consistía en leer en voz alta, tan rápido como pudieran, las palabras presentadas en segundo lugar. La hipótesis de estos

autores fue que si el poder y el sexo se encontraban asociados cognitivamente de forma automática, los participantes serían más rápidos leyendo la segunda palabra cuando habían leído una palabra relacionada con el poder que cuando habían sido expuestos a una palabra neutral. En un segundo estudio fueron más allá y, después de manipular el poder, midieron en qué medida los participantes percibían atractiva a la investigadora que se encontraba recogiendo los datos. Los resultados de ambos estudios mostraron que, en efecto, el poder y el sexo se encontraban relacionados, pero sólo para aquellos participantes que puntuaron alto en una escala que mide la proclividad al acoso sexual (PRYOR, 1987). Dicho de otra forma, para los participantes más proclives al acoso sexual, las palabras relacionadas con el poder facilitaron el reconocimiento de las palabras relacionadas con el sexo, pero no para los participantes que no mostraban dicha proclividad. Además, cuando se les otorgó poder evaluaron a la investigadora como más atractiva que cuando no se les concedió dicha posición.

Preguntándose por los orígenes de esta asociación automática entre poder y sexo, BARGH y RAYMOND (1995) sugieren que algunos hombres que ostentan ciertas posiciones de poder y responsabilidad en nuestra sociedad interpretan la conducta amistosa o de deferencia de algunas mujeres como señales de interés sexual por ellos. Esta interpretación es probable que se dé en aquellos hombres que tienden a pensar en las mujeres sobre todo en términos sexuales. Sin embargo, dicha conducta amistosa puede ser simplemente la conducta normal de cualquier individuo hacia la persona que tiene cierto control sobre él. Así, es la interpretación de la conducta de la mujer (y no su conducta *per se*) lo que hace que las creencias de estos hombres perseveren. Estas creencias son a veces tan fuertes y son tan automáticas que se sostienen a pesar de la existencia de evidencia que las contradiga; así, a pesar de que la víctima manifieste explícitamente no tener ningún tipo de interés sexual por ellos, estas personas siguen interpretando la conducta de sus subordinados como una prueba de lo contrario. Incluso, en ocasiones las propias mujeres asumen estas creencias, de manera que a pesar de ser víctimas del acoso, se sienten responsables de lo que les ha ocurrido, pues pueden llegar a creer que han propiciado de alguna manera la conducta del hombre. Así, un hecho normal entre compañeros de trabajo (como es tomarse una copa después del trabajo), puede ser interpretado como una conducta intencional con connotaciones sexuales por parte de mujeres que sólo buscan pasar un rato agradable con sus compañeros.

Por tanto, parece que los resultados de los estudios de BARGH *et al.* (1995) indican que, en un contexto interpersonal, el poder puede facilitar la activación de metas relacionadas con el sexo. No obstante, cabe indicar que esto no sucedió para todos los participantes, sino sólo para aquellos que se mostraban proclives al acoso sexual previamente al comienzo de su participación en la

investigación. Es decir, el poder tiende a maximizar la predisposición para el acoso sexual sólo en los participantes que tenían ya una predisposición crónica para ello. Esto podría deberse a que, como se ha explicado en el apartado anterior, el poder hace que las personas utilicen en mayor medida la información que se encuentra crónicamente accesible para ellos. Hace que las personas que tienen la tendencia a acosar realmente lleguen a acosar.

Asimismo, otra implicación podría ser que cuando las personas trabajen en un contexto en donde el acoso sea la norma, o en culturas donde se exacerben las jerarquías y el abuso de los grupos privilegiados, y que por tanto este tipo de conducta sea muy accesible cognitivamente para los individuos, el poder también podría aumentar la proclividad hacia el acoso en las personas que no tengan una orientación crónica definida; esto es, incluso en personas que no estén predispuestas para el acoso.

Por otro lado, como se ha comentado anteriormente, además de utilizar las metas crónicamente más accesibles, los poderosos también suelen estar sesgados hacia los estímulos positivos y las metas relacionadas con las recompensas. Esto también podría tener implicaciones para el acoso sexual. Dado que las personas poderosas suelen infra-estimar los riesgos y son más optimistas sobre las consecuencias de las acciones (ANDERSON y GALINSKY, 2006; WILLIS y RODRÍGUEZ-BAILÓN, 2011), en un contexto interpersonal también pueden tender a creer, erróneamente, que sus avances sexuales podrían ser fácilmente correspondidos por la otra persona.

En definitiva, el poder social cambia las metas que las personas se plantean. Primero, puede hacer que las personas tiendan a utilizar la información que se encuentra cognitivamente más accesible. Esto puede hacer que las personas con proclividad hacia el acoso tiendan a poner de manifiesto dicha proclividad y que las personas que no tienen una orientación definida aumenten su proclividad cuando se encuentren en un contexto en el que el acoso es una conducta aceptada social y culturalmente. Segundo, el poder puede hacer que las personas se vuelvan más sensibles hacia los estímulos positivos (e.g., recompensas) y menos hacia los estímulos negativos (e.g., castigos). Esto puede hacer que, por ejemplo, al pensar en un avance sexual las personas poderosas no tengan en cuenta las posibles consecuencias negativas de sus acciones y sobrestimen las posibilidades que tienen de ser correspondidas.

3. CONCLUSIONES

El poder es un constructo social que sólo recientemente se ha analizado en profundidad, especialmente en relación a sus consecuencias psicosociales.

Entendido éste como el control que un individuo tiene sobre los resultados que los otros valoran ha mostrado tener algunos efectos cognitivos y comportamentales. Destacan entre ellos a la hora de establecer una relación entre la ostentación del poder y el acoso la tendencia a la acción, la desinhibición, pero sobre todo la focalización en las metas activadas en una situación determinada, ya sea por características particulares de los individuos o por la estructura normativa y de valores imperantes en una sociedad en su conjunto. No se debe pensar en el poder *per se* como una fuente que irrevocablemente lleve a los individuos a abusar de él, si no como un recurso potencial que puede desembocar tanto en comportamientos abusivos como en otros de índole prosocial, responsabilidad y ayuda hacia los demás. Por tanto, fomentar que personas con valores prosociales ostenten los puestos de poder y prevenir el surgimiento de estructuras jerárquicas que permitan la normativización de las conductas abusivas de los individuos más privilegiados en ellas sería una de las formas de frenar todos los procesos psicosociales relacionados con el acoso.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDERSON, C., y BERDAHL, J. L. (2002), «The experience of power: Examining the effects of power on approach and inhibition tendencies», *Journal of Personality and Social Psychology*, 83(6), pp. 1362-1377.
- ANDERSON, C., y GALINSKY, A. D. (2006), «Power, optimism, and risk-taking», *European Journal of Social Psychology*, 36(4), pp. 511-536.
- ANDERSON, C., JOHN, O. P., y KELTNER, D. (2012), «The personal sense of power», *Journal of personality*, 80(2), pp. 313-344.
- BARGH, J. A., RAYMOND, P., PRYOR, J. B., y STRACK, F. (1995), «Attractiveness of the Underling: An Automatic Power → Sex Association and Its Consequences for Sexual Harassment and Aggression», *Journal of Personality and Social Psychology*, 68(5), pp. 768-781.
- BRAUER, M., y BOURHIS, R. Y. (2006), «Social power», *European Journal of Social Psychology*, 36(4), pp. 601-616.
- BRIÑOL, P., PETTY, R. E., VALLE, C., RUCKER, D. D., & BECERRA, A. (2007), «The effects of message recipients' power before and after persuasion: A self-validation analysis», *Journal of Personality and Social Psychology*, 93(6), pp. 1040-1053.
- CHEN, S., LEE-CHAI, A. Y., y BARGH, J. A. (2001), «Relationship orientation as a moderator of the effects of social power», *Journal of Personality and Social Psychology*, 80(2), pp. 173-187.
- DAHL, R. A. (1957), «The concept of power», *Behavioral Science*, 2, pp. 201-218.

- FISKE, S. T. (1993), «Controlling other people: The impact of power on stereotyping», *American Psychologist*, 48(6), pp. 621-628.
- FISKE, S. T., y BERDAHL, J. L. (2007), «Social power», en A. KRUGLANSKI y E. T. HIGGINS (Eds), *Social psychology: A handbook of basic principles* (pp. 678-691), Guilford Press, Nueva York.
- FRENCH, J. R., y RAVEN, B. H. (1959), «The bases of social power», in D. CARTWRIGHT (Ed.), *Studies in Social Power*, Institute of Social Research, Ann Arbor, MI.
- GALINSKY, A. D., GRUENFELD, D. H., y MAGEE, J. C. (2003), «From power to action», *Journal of Personality and Social Psychology*, 85(3), pp. 453-466.
- GOODWIN, S. A., GUBIN, A., FISKE, S. T., y YZERBYT, V. Y. (2000), «Power can bias impression processes: stereotyping subordinates by default and by design», *Group Processes & Intergroup Relations*, 3(3), pp. 227-256.
- GRAY, J. A. (1990), «Brain Systems that Mediate both Emotion and Cognition», *Cognition & Emotion*, 4(3), pp. 269-288.
- GUINOTE, A. (2007a), «Behaviour variability and the Situated Focus Theory of Power», *European Review of Social Psychology*, 18(1), pp. 256-295.
- (2007b), «Power and goal pursuit», *Personality and Social Psychology Bulletin*, 33(8), pp. 1076-1087.
- (2010), «The situated focus theory of power», en A. GUINOTE y T. K. VESCIO (Eds.), *The social psychology of power* (pp. 141-173), Guilford Press, Nueva York.
- GUINOTE, A., y VESCIO, T. K. (2010), «Power in social psychology», en A. GUINOTE y T. K. VESCIO (Eds.), *The social psychology of power* (pp. 1-18), Guilford Press, Nueva York.
- GUINOTE, A., WEICK, M., y CAI, A. (2012), «Does Power Magnify the Expression of Dispositions?», *Psychological Science*, 23(5), 4 pp. 75-482.
- GRUENFELD, D. H., INESI, M., MAGEE, J. C., y GALINSKY, A. D. (2008), «Power and the objectification of social targets», *Journal of Personality and Social Psychology*, 95(1), pp. 111-127.
- HIGGINS, E. T. (1989), «Knowledge accessibility and activation: Subjectivity and suffering from unconscious sources», *Unintended thought*, 1989, 3-51.
- KELTNER, D., GRUENFELD, D. H., y ANDERSON, C. (2003), «Power, Approach, and Inhibition», *Psychological Review*, 110(2), pp. 265-284.
- KIPNIS, D. (1976), *The powerholders*, The University of Chicago Press, Chicago.

- KRAUS, M. W., CHEN, S., y KELTNER, D. (2011), «The power to be me: Power elevates self-concept consistency and authenticity», *Journal of Experimental Social Psychology*, 47(5), pp. 974-980. doi:10.1016/j.jesp.2011.03.017.
- LAMMERS, J., STOKER, J. I., y STAPEL, D. A. (2009), «Differentiating social and personal power: opposite effects on stereotyping, but parallel effects on behavioral approach tendencies», *Psychological Science*, 20(12), pp. 1543-1549.
- MCCLELLAND, D. C. (1973), «The two faces of power», en D. C. MCCLELLAND & R. S. STEELE (Eds.), *Human motivation: A book of readings* (pp. 300-316), General Learning Press, Morristown, NJ.
- OVERBECK, J. R., y PARK, B. (2001), «When power does not corrupt: superior individuation processes among powerful perceivers», *Journal of Personality and Social Psychology*, 81(4), pp. 549-565.
- OVERBECK, J. R. (2010), «Concepts and historical perspectives on power», en A. GUINOTE y T. K. VESCIO (Eds.), *The social psychology of power* (pp. 19-45), Guilford Press, Nueva York.
- PRYOR, J. B. (1987), «Sexual harassment proclivities in men», *Sex Roles*, 17(5-6), pp. 269-290.
- RUSSELL, B. (1938), *Power: A new social analysis*, Routledge Classics, Londres.
- RUSSELL, A. M., y FISKE, S. T. (2010), «Power and Social Perception», en A. GUINOTE & T. K. VESCIO (Eds.), *The social psychology of power*, The Guilford Press, Nueva York, pp. 231-250.
- SIMON, H. A. (1957), *Models of man*, Wiley, Nueva York.
- SLABU, L., y GUINOTE, A. (2010), «Getting what you want: Power increases the accessibility of active goals», *Journal of Experimental Social Psychology*, 46(2), pp. 344-349.
- SMITH, P. K., y BARGH, J. A. (2008), «Nonconscious effects of power on basic approach and avoidance tendencies», *Social Cognition*, 26(1), pp. 1-24.
- SMITH, P. K., JOSTMANN, N. B., GALINSKY, A. D., y VAN DIJK, W. W. (2008), «Lacking power impairs executive functions: Research article», *Psychological Science*, 19(5), pp. 441-447.
- THIBAUT, J. W., y KELLEY, H. H. (1959), *The social psychology of groups*, Wiley, Nueva York.
- WILLIS, G. B., y GUINOTE, A. (2011), «The effects of social power on goal content and goal striving: A situated perspective», *Social and Personality Psychology Compass*, 5(10), pp. 706-719.

WILLIS, G. B., y RODRÍGUEZ-BAILÓN, R. (2010), «El estudio experimental del poder social: Consecuencias cognitivas, afectivas y comportamentales», *Estudios de Psicología*, 31(3), pp. 279-295.

– (2011), «Si merezco tener poder, ¿qué más puedo esperar?: Poder, legitimidad y optimismo», *Revista de Psicología Social*, 26(2), pp. 241-255.

WILLIS, G. B., RODRÍGUEZ-BAILÓN, R., y LUPIÁÑEZ, J. (2011), «The boss is paying attention: Power affects the functioning of the attentional networks», *Social Cognition*, 29(2), pp. 166-181.

WINTER, D. G. (1973), *The Power Motive*, Free Press, Nueva York, NY, US.

SEGUNDA LECTURA

Rubio Castro, A. (2015). *Aspectos jurídico-conceptuales: significado de acoso en el derecho. Ambigüedades en la normativa y en la conceptualización del acoso e influencia de la Doctrina jurisprudencial en su interpretación*. Rivas Vallejo, P. y García Valverde, M. D. (Directoras). Caballero Pérez, M. J. y Tomás Jiménez, N. (Coordinadoras). Tratamiento integral del acoso. Navarra, España. Editorial Aranzadi, pp. 67-112.

Las lagunas, las dificultades definitorias, los problemas de interpretación que encontramos en la aplicación de la normativa reguladora del acoso, así como en la doctrina jurisprudencial elaborada, dan buena cuenta de la producción de elementos simbólicos que se han generado desde el derecho en torno a la violencia social, la violencia en el trabajo, la sexualidad y el poder.

PILAR RIVAS VALLEJO
MARÍA DOLORES GARCÍA VALVERDE
(Directoras)
MARÍA JOSÉ CABALLERO PÉREZ
NATALIA TOMÁS JIMÉNEZ
(Coordinadoras)

TRATAMIENTO INTEGRAL DEL ACOSO

El acoso es un fenómeno que afecta a un gran número de personas, tanto en el ámbito laboral como en el educativo. Este libro ofrece un enfoque integral para abordar este problema, desde la prevención hasta la intervención y el seguimiento. Incluye estrategias prácticas para identificar y manejar situaciones de acoso, así como recursos legales y psicológicos. El objetivo es proporcionar herramientas útiles para profesionales y ciudadanos que deseen crear entornos más seguros y saludables.

Este libro es una obra de consulta imprescindible para todos aquellos que se enfrentan al acoso. Ofrece una visión clara y detallada de este fenómeno, así como soluciones prácticas y efectivas. Es un recurso valioso para mejorar el bienestar de las personas y promover un clima de respeto y dignidad en cualquier entorno.

THOMSON REUTERS
ARANZADI

Primera edición, 2015



THOMSON REUTERS PROVIEW™ eBooks

Incluye versión en digital

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2015 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Pilar Rivas Vallejo, María D. García Valverde, María José Caballero Pérez, Natalia Tomás Jiménez y otros]

Editorial Aranzadi, SA

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-9059-841-2

Depósito Legal: NA 36/2015

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, SA

Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL

Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11

31018 - Pamplona

Capítulo II

Aspectos jurídico-conceptuales: significado de acoso en el Derecho. Ambigüedades en la normativa y en la conceptualización del acoso e influencia de la doctrina jurisprudencial en su interpretación

ANA RUBIO CASTRO

Catedrática de Filosofía del Derecho

Universidad de Granada

SUMARIO: PRELIMINARES. 1. DESARROLLO NORMATIVO Y CONCEPTUAL DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y DE NO DISCRIMINACIÓN. 1.1. *El concepto jurídico universal de discriminación y su relevancia en la regulación del acoso.* 1.2. *De la igualdad formal a la igualdad de género.* 1.3. *El principio de no discriminación en el acoso: el acoso moral y el acoso discriminatorio.* 2. LOS BIENES JURÍDICOS OBJETO DE INTERÉS EN LA REGULACIÓN DEL ACOSO: LA DIGNIDAD VERSUS LA IGUALDAD. 2.1. *¿En qué afecta la centralidad de la dignidad al desarrollo normativo y jurisprudencial de la igualdad y de la no discriminación?* 2.2. *Los riesgos de la in-diferenciación de los sujetos en la regulación del acoso sexual y por razón de sexo.* 2.3. *La dignidad versus igualdad efectiva.*

PRELIMINARES

En algunos conflictos, como es el caso del acoso, se puede observar con claridad sobre qué ideografías, categorías narrativas y mitos se construyen las normas jurídicas y se determina su aplicación. Las lagunas, las dificultades definitorias, los problemas de interpretación que encontramos en la aplicación de la normativa reguladora del acoso, así como en la doctrina jurisdiccional elaborada, dan buena cuenta de la producción de elementos simbólicos que se han generado desde el derecho en torno a la violencia social, la violencia en el

trabajo, la sexualidad y el poder¹. Todos estos aspectos son los que hacen de la normativa objeto de estudio, especialmente en los supuestos de acoso sexual y por razón de sexo, una materia compleja y difícil de aprehender desde los estrechos límites que impone al estudio del derecho la dogmática jurídica.

Mostrar las dificultades que emergen de esa normativa, de la jurisprudencia que la interpreta y aplica y además ofrecer algunas pautas para su clarificación, es el objetivo de este trabajo. Entendemos que para captar las ambigüedades que desvela la normativa y la jurisprudencia en torno al acoso es preciso ampliar la mirada tradicional sobre el derecho, para poder dar cuenta de la complejidad que encierra el proceso de interpretación y aplicación. Esta apertura permite descubrir que el derecho está integrado por: «las normas formalmente promulgadas (el componente formal normativo del derecho), las surgidas del proceso de selección, interpretación y aplicación de las leyes (componente estructural o derecho judicial), y las reglas informales que determinan quién, cuándo y cómo se tiene acceso a la justicia y qué derechos tiene cada quien (componente político cultural)». El «derecho no se compone sólo de las

1. El modelo de ciencia jurídica positivista limita el estudio o análisis jurídico al análisis de las normas y a su aplicación, descuidando la noción de lo jurídico como organización o institución e ignorando la relevancia de los elementos culturales. Pero para comprender la regulación jurídica sobre el acoso debemos partir no sólo del análisis de las normas, de las instituciones que las crean, aplican y tutelan, sino también de los contenidos que esas instituciones otorgan a las leyes creadas, al combinarlas con otras normas y aplicarlas a conflictos concretos de la sociedad. Por este motivo es importante el conocimiento que la sociedad tiene sobre el derecho y sus contenidos, pero también lo son las tradiciones, las costumbres y el uso que la ciudadanía y los operadores jurídicos hacen del mismo. No olvidemos que el conocimiento científico no actúa incontaminado de los prejuicios y estereotipos sociales, al contrario, entre el conocimiento científico y el conocimiento común existe una estrecha relación. Para dar cuenta de la complejidad que encierra el análisis del fenómeno jurídico, ALDA FACIO distingue tres componentes: el componente formal-normativo (sustantivo), el componente estructural (las leyes no escritas) y el componente político cultural, que alude al contenido y significado que toman las normas jurídicas al interactuar con la doctrina jurídica, las costumbres, actitudes, tradiciones y conocimiento que la sociedad tenga sobre la ley. FACIO, A., *Cuando el género suena cambios trae. Metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, ILANUD, 1999, 3ª edición, pp. 70-74. Respecto a la racionalidad y el sentido común que se impone en el proceso judicial, así como sobre los factores subjetivos que actúan en la valoración de los hechos es de interés: GASCÓN ABELLÁN, M., «Prueba científica: mitos y paradigmas», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010, pp. 81-103. GASCÓN ABELLÁN, M., LUCENA MOLINA J. J., «Pruebas científicas: la necesidad de un cambio de paradigma», *Jueces para la Democracia* 69, 2010, pp. 95-106; RUIZ RESA, J. D., «Racionalidad y sentido común en el proceso: los estereotipos en la determinación de los hechos», *Criterio y Conducta*, Instituto de investigaciones jurisprudenciales y de promoción y difusión de la ética judicial, 13, enero-julio, 2013, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, pp. 107-158.

normas formalmente promulgadas, sino que se compone también de las normas creadas al administrar justicia, es decir, al seleccionar, interpretar y aplicar el derecho legislativo o normas formalmente promulgadas y de las normas derogadas pero vigentes en las mentes de la gente, de las normas creadas por la costumbre, la doctrina, las creencias y actitudes, así como por el uso que se le dé a las normas legislativas y a las judiciales»². Si en cualquier ámbito normativo esta pluralidad de elementos se pueden observar dando cuenta de la complejidad del derecho, ésta se hace más evidente en la regulación del acoso al convivir las normas jurídicas vigentes con una determinada concepción y normalización en el uso social de la violencia. Una normalización presente tanto en la jurisprudencia, al establecerse la relación causa-efecto y en la valoración de los hechos, como en la doctrina al definir los diferentes tipos de conflictos que se generan en el ámbito laboral³. Sirva como ejemplo de la normalización del uso de la violencia en el ámbito laboral la distinción que se establece entre acosos graves y leves en los protocolos tanto de la administración como del mundo empresarial. Una diferenciación que tiene el efecto de diluir los esfuerzos legislativos llevados a cabo desde el siglo pasado, por España, para calificar, sin margen de duda, a todas estas conductas como infracciones muy graves en el ámbito laboral. Recordemos algunos de los precedentes legislativos a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (a partir de ahora LOIEMH): en la *Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, capítulo IV, art. 37*, se reconoce expresamente por primera vez el acoso sexual como una infracción autónoma muy grave en el ámbito laboral. En el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, se confirma la gravedad; y será en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, cuando se extenderá esta calificación a los supuestos de acoso por razón de sexo. Idéntica calificación respecto al acoso moral, sexual y por razón de sexo encontramos en el art. 95.2.b) del Estatuto Básico del Empleado público (EBEP).

El interés de los instrumentos preventivos –los protocolos– en materia de acoso moral y acoso discriminatorio en el trabajo por diferenciar entre acosos graves y leves, cuando la ley no lo hace, es preocupante porque vacía de sentido el esfuerzo realizado en el marco del derecho antidiscriminatorio es-

2. FACIO, A., «Con los lentes del género se ve otra justicia», *El otro derecho*, número 28, julio de 2002. ILSA, Bogotá D.C., Colombia, p. 2.
3. Sirva como ejemplo el interés existente por diferenciar sin margen de duda el acoso moral en el trabajo de otras figuras conexas como son: el conflicto laboral ordinario, el estrés laboral derivado de la presión del ritmo de trabajo o las organizaciones tóxicas, el abuso de poder empresarial o de la administración. *Acoso moral en el Trabajo. Guía de prevención y actuación frente al mobbing*, Observatorio Vasco sobre el acoso moral en el trabajo, Edit. Lettera, 2006, pp. 19-20.

pañol para diferenciar las conductas de mera desigualdad de aquellas otras conductas más graves que conforman una situación de discriminación. Esta diferenciación y no confusión es muy relevante, puesto que los instrumentos de intervención sobre un tipo u otro de conducta son diferentes. La erradicación de la discriminación exige una intervención transversal sobre todos los niveles de la estructura social que reproducen la subordinación de ciertos grupos sociales (nivel económico, cultural, político y jurídico), mientras que en los supuestos de simple desigualdad, la intervención jurídico-formal puede ser suficiente para corregir este tipo de situaciones.

A lo ya expuesto se debe añadir que, aunque en todo acoso existe una relación de poder y de control, en los supuestos de acoso sexual y por razón de sexo, el poder presenta unos caracteres específicos como resultado de la influencia del sistema sexo/género en las relaciones y estructuras de poder social. Este hecho hace ineludible en la intervención jurídica tomar en consideración la diferencia sexual en la calificación de los supuestos de acoso cuando éstos se producen de un hombre hacia una mujer, matizando a través de la valoración de los hechos y de la aplicación de la norma la indiferenciación en los sujetos que la LOIEMH introduce⁴.

En atención a esta argumentación, es preciso detenerse, en primer lugar, en el desarrollo normativo y conceptual del principio jurídico a la igualdad y a la no discriminación para comprender los efectos negativos que sobre la eficacia del derecho antidiscriminatorio tienen las ambigüedades conceptuales⁵ en materia de acoso moral y acoso por razón de sexo o sexual; y, en segundo lugar, en analizar las ambigüedades específicas que emergen de la reciente normativa y análisis teórico en torno a la conexión entre el principio de dignidad y el principio de igualdad y no discriminación. Ambos focos de análisis nos permitirán delimitar mejor los elementos que distorsionan la comprensión de los operadores jurídicos sobre la igualdad y la no discriminación, y como todo ello afecta a la eficacia final de la regulación jurídica del acoso.

En este sentido, se debe destacar, como presupuesto de partida, el contenido complejo que desde mediados del siglo XX ha adquirido el principio y el

4. Recordemos que el poder se produce y mantiene mediante saber, discursos y prácticas, no tanto mediante la represión (FOUCAULT). Por consiguiente, no podemos ignorar, al analizar las diferentes conceptualizaciones realizadas sobre el acoso, los modelos sociales que existen respecto al ejercicio del poder y la violencia que la sociedad considera legítima o necesaria.
5. Aunque en el trabajo se analizan algunas de las ambigüedades conceptuales que existen en la regulación española, no era posible detenerse en todas ellas. Pero sí han sido tratadas con detenimiento en uno de mis últimos trabajos. RUBIO CASTRO, A., «La regulación del acoso sexual y del acoso por razón de sexo en la legislación española», *Acoso sexual y acoso por razón de sexo: actuación de las administraciones públicas y de las empresas*, núm. 36, *Justicia y Sociedad*, Consejo General del Poder Judicial, 2013, pp. 65-86.

derecho a la igualdad en el derecho internacional y en el derecho español, de mano de la jurisprudencia constitucional y de la legislación ordinaria⁶, especialmente en el tradicional anudamiento que se establecía entre la ausencia de discriminación y la igualdad ante la ley. El desarrollo autónomo del principio de no discriminación en España lo hizo posible el desarrollo complejo del contenido del principio de igualdad y el establecimiento de un nuevo concepto jurídico universal de discriminación, en 1979⁷.

6. Este desarrollo impedía continuar anudando el principio jurídico de no discriminación a la mera igualdad ante la ley o igualdad formal. Ya no era posible definir la discriminación en negativo y se hacía necesaria una definición en positivo. Éste es el objetivo que trata de satisfacer la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, y que entró en vigor, con carácter general, el día 3 de septiembre de 1981, y, para España, el día 4 de febrero de 1983, según lo previsto en el art. 274. El instrumento de Ratificación de 16 de diciembre de 1983 se publicó en el BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1984, pp. 7715-7720, con una sola reserva, «La ratificación de la Convención por España no afectará a las disposiciones constitucionales en materia de sucesión a la Corona española».
7. Los dilemas que plantea hoy el derecho antidiscriminatorio están en estrecha relación con la categoría «grupo desventajado» y con el debate abierto sobre si el derecho antidiscriminatorio implica asumir una concepción material de la igualdad. La situación de desventaja en la que se encuentran los individuos pertenecientes a grupos desaventajados obliga a incorporar un patrón de discriminación estructural o a la identificación de prejuicios y estereotipos sociales que conforman la razón de ser o el fundamento de la norma antidiscriminatoria. Por esta razón la igualdad formal y la igualdad de oportunidades limitada a los aspectos socio-económicos resultan insuficientes para proporcionar una solución jurídica eficaz, frente a la discriminación. El carácter estructural que encierra la discriminación o subordinación social a que la que se ven sometidos ciertos grupos sociales obliga a tomar en consideración por parte del derecho las estructuras y relaciones de poder social, así como los modelos culturales sobre los que se asientan, para erradicar de ellos todo aquello que suponga menosprecio o falta de reconocimiento a cierto grupos sociales. La Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Igualdad entre Mujeres y hombres, 2009, SEC(2009)165, ya reconocía la importancia de mejorar el equilibrio entre la vida laboral y familiar, para lo que era imprescindible, tal y como se recoge en el punto 3.2, «enfrentarse a los estereotipos sexistas para permitir que las mujeres y los hombres puedan aprovechar al máximo sus capacidades». Se es plenamente consciente en este documento, y así se recoge, que actuar contra estos estereotipos sexistas es «ir a las causas profundas de los desequilibrios persistentes entre mujeres y hombres en el mercado laboral». Un paso más lo encontramos en la Declaración del Trío de presidencias sobre la Igualdad entre Mujeres y Hombres, celebrado en Valencia el 26 de marzo de 2010, donde se destaca la transversalidad del principio de igualdad de mujeres y hombres, aludiéndose a que este principio inspira la Estrategia Europa 2020. Sobre algunos de los dilemas del derecho antidiscriminatorio, en concreto sobre los grupos desaventajados y la necesidad de desarrollar el concepto de discriminación indirecta, véase: AÑÓN ROIG, M^a. J., «Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja», *Isonomía*, núm. 39, octubre 2013, pp. 131-141 y 146-151. BARRÉRE UNZUETA, M^a A., *El derecho antidiscriminatorio y sus límites*, Grijley, 2014, pp. 157-170.

1. DESARROLLO NORMATIVO Y CONCEPTUAL DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y DE NO DISCRIMINACIÓN

1.1. EL CONCEPTO JURÍDICO UNIVERSAL DE DISCRIMINACIÓN Y SU RELEVANCIA EN LA REGULACIÓN DEL ACOSO

El interés del Derecho Internacional por el acoso sexual y por razón de sexo, como analizaremos a continuación, responde a las demandas y compromisos que el desarrollo autónomo del principio de no discriminación había experimentado como consecuencia de la complejidad de sentidos que había adquirido la igualdad de mujeres y hombres desde mediados del siglo XX. Uno de los documentos clave en este proceso de cambio es *La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (CEDAW), adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979. Una Convención que entró en vigor con carácter general el 3 de septiembre de 1981.

Nos interesa destacar este documento por su valor de fuente normativa y por el desconocimiento que aún encontramos sobre ella en España, a pesar de su relevancia en materia de derecho antidiscriminatorio. Sirva de ejemplo el caso de la Resolución de 31 de enero de 2012, del Instituto andaluz de la Mujer, por la que se aprueba el modelo de protocolo para la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo en el trabajo y el procedimiento especial para los casos que puedan producirse en la empresa. En este protocolo, la cláusula novena «Referencias normativas», cita en su apartado a) normativa internacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en concretos los arts. 3 y 5, y no cita la CEDAW, un texto imprescindible en los supuestos de discriminación.

El extraordinario valor jurídico de esta Convención radica en que conceptualiza la discriminación contra las mujeres y reconoce la situación de discriminación social que viven las mujeres con respecto a los hombres (a pesar de la igualdad jurídica declarada), al tiempo que conecta el desarrollo social y económico de un país a la promoción de la igualdad de mujeres y hombres. Se reconoce que el logro de la igualdad entre los sexos exige la erradicación social, política, jurídica y económica de la discriminación por razón de sexo (art. 10 CEDAW).

Si desde un enfoque político esta Convención significa la restitución a las mujeres de los derechos individuales que le habían sido históricamente negados⁸, desde el punto de vista jurídico representa todo un hito su art. 1. En este artículo se

8. Recordemos que las mujeres no fueron reconocidas como sujetos iguales en derechos en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789. Una exclusión que impedía tanto el desarrollo de su subjetividad como el acceso a la ciudadanía. Aunque esta exclusión política y jurídica ha sido subsanada en el plano formal, algu-

enuncia, por primera vez, un concepto jurídico universal de discriminación contra las mujeres, que todos los Estados tienen la obligación de integrar y de tomar en consideración en sus respectivos sistemas jurídicos⁹. La importancia de este concepto, para interpretar el acoso sexual y por razón de sexo y también las diferentes modalidades de acoso discriminatorio, es indiscutible, especialmente en lo que atañe al daño. El art. 1 CEDAW dice así: «A los efectos de la presente Convención, la expresión discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga *por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, y civil o en cualquier otra esfera*». Esto implica reconocer como discriminatorio todo acto, decisión, acción o práctica que genere un daño presente o futuro contra una mujer, por su pertenencia a un grupo social subordinado (YOUNG).

Otro dato relevante, que nos interesa destacar, es que no se exige dolo¹⁰ para calificar a una acción, práctica o decisión como discriminatoria, puesto

nas de sus reminiscencias siguen aún presentes y el acoso sexual y por razón de sexo que padecen las mujeres en el trabajo es buena prueba de ello.

9. La Convención entró en vigor el 3 de septiembre 1981, España la ratificó tres años más tarde (BOE 21-4-1984). Después de 30 años de su entrada en vigor y de su elevada transcendencia jurídica no se puede alegar ignorancia por parte de los operadores y los teóricos del Derecho españoles. Hasta el momento 187 países han ratificado la CEDAW.
10. El origen de esta exigencia está en el término «trato degradante», que el art. 7 de la LOIEMH introduce. Aunque en principio no exige el precepto analizado temporalidad ni reiteración alguna para que pueda estimarse que existe una situación de acoso sexual o por razón de sexo, lo cierto es que al aludir el artículo 7 a un «un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo», en los apartados 1 y 2, se ha abierto la puerta para que se introduzca la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien establece que para estimar que exista un trato degradante debe haber premeditación y mantenimiento en el tiempo de la conducta, produciendo en las víctimas temor, angustia e inferioridad. Aunque la mayor parte de esta jurisprudencia se ha producido en materia de torturas, trato a presos en las cárceles o tráfico de seres humanos, también se ha extendido recientemente a los casos de clonación humana y a otros conflictos biomédicos, lo que evidencia el contenido complejo que está adquiriendo el art. 3: «Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes» (Convenio Europeo de Derechos Humanos, Roma 1950), y su posible aplicación a los supuestos de acoso sexual y por razón de sexo, a la hora de interpretar los términos aludidos. Pero también es correcto afirmar que, dado que el acoso sexual y por razón de sexo son calificados por la legislación española como discriminación, y ésta da entrada tanto a conductas de exclusión de la persona en el ámbito de trabajo como a actitudes peyorativas, y el mismo tribunal ha reconocido que la discriminación existe cuando «una diferencia de trato no tiene justificación objetiva», en atención a esta última afirmación, se puede sostener que debe primar la calificación de discriminación, contexto en el que el trato degradante se produce. Véase BARBADO, P. «La prueba de la violencia psicológica en el ámbito laboral

que lo relevante es el impacto negativo (daño) que se produce contra una persona perteneciente a un grupo social subordinado. Esto supone reconocer que existe una responsabilidad objetiva por las acciones, decisiones o prácticas discriminatorias que cualquier sujeto o grupo pueda realizar. Este último aspecto no encuentra en la doctrina o en la jurisprudencia un reconocimiento pacífico, al calificarse como no garantista esta modalidad de responsabilidad jurídica. Sin embargo, en el caso de la discriminación es relevante hacerlo, puesto que se envía a la sociedad el mensaje de que existen actos, decisiones o prácticas sobre las que existe un refuerzo de interdicción dado que histórica y actualmente generan violencia y discriminación estructural contra las personas pertenecientes a ciertos grupos sociales. Una realidad que la sociedad conoce o debería conocer, de ahí que no se pueda alegar ignorancia de los efectos negativos que generan ciertos tipos de actos, decisiones o prácticas discriminatorias. El reconocimiento de la responsabilidad objetiva en los casos de discriminación encuentra su fundamentación en la responsabilidad política individual y colectiva que todos y cada uno de las y los miembros de la ciudadanía adquieren en las sociedades democráticas, como consecuencia de la existencia de grupos sociales subordinados, dado que son responsables como copartícipes del poder de estos hechos de forma indirecta (YOUNG). Estas matizaciones son claves a la hora de valorar durante el proceso informal¹¹ o formal los supuestos de acoso discriminatorio, especialmente en los de acoso sexual y por razón de sexo contra las mujeres en el trabajo.

El contenido del art. 1 CEDAW se verá complementado con la Resolución 19, de 1992, realizada por Naciones Unidas¹², donde se afirma: «La vio-

- (actualización y ampliación del artículo «La prueba del acoso psicológico en el ámbito laboral» (abril 2010), <http://noticias.juridicas.com/arts./40-Derecho Laboral/201004>.
11. La existencia de procedimientos informales es objeto de crítica por parte de la doctrina dada la calificación de falta muy grave por parte de la legislación española [art. 54.g) del Estatuto de los Trabajadores] y comunitaria. No puede olvidarse que las conductas de acoso afectan a derechos fundamentales. BODELÓN, E., y GALA, C., «Protocolos contra el acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito en las empresas», *Acoso sexual y acoso por razón de sexo: actuación de las administraciones públicas y de las empresas*, núm. 36 *Justicia y Sociedad*, Colección del Centro de Estudios jurídicos y Formación especializada del poder judicial, Barcelona, p. 177.
 12. 2 Recomendación General núm. 19 (11º período de sesiones, 1992): 1. La violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente el goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre. 2. En 1989, el Comité recomendó que los Estados incluyeran en sus informes información sobre la violencia y sobre las medidas adoptadas para hacerle frente (Recomendación general núm. 12, octavo período de sesiones). 3. En el décimo período de sesiones, celebrado en 1991, se decidió dedicar parte del 11º período de sesiones al debate y estudio del art. 6 y otros artículos de la Convención relacionados con la violencia

lencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre» (art. 1). Este reconocimiento altera radicalmente el contenido del principio jurídico de igualdad, no pudiendo quedar en adelante reducido a la simple igualdad le-

contra la mujer, el hostigamiento sexual y la explotación de la mujer. El tema se eligió en vista de la celebración en 1993 de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos convocada por la Asamblea General en su Resolución 45/155, de 18 de diciembre de 1990. 4. El Comité llegó a la conclusión de que los informes de los Estados Partes no siempre reflejaban de manera apropiada la estrecha relación entre la discriminación contra la mujer, la violencia contra ellas y las violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales. La aplicación cabal de la Convención exige que los Estados Partes adopten medidas positivas para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer. 5. El Comité sugirió a los Estados Partes que al examinar sus leyes y políticas y al presentar informes de conformidad con la Convención tuviesen en cuenta las siguientes observaciones del Comité con respecto a la violencia contra la mujer. 6. El art. 1 de la Convención define la discriminación contra la mujer. Esa definición incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad. La violencia contra la mujer puede contravenir disposiciones de la Convención, sin tener en cuenta si hablan expresamente de la violencia. 7. La violencia contra la mujer, que menoscaba o anula el goce de sus derechos humanos y sus libertades fundamentales en virtud del derecho internacional o de los diversos convenios de derechos humanos, constituye discriminación, como la define el art. 1 de la Convención. Esos derechos y libertades comprenden: a) El derecho a la vida; b) El derecho a no ser sometido a torturas o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; c) El derecho a protección en condiciones de igualdad con arreglo a normas humanitarias en tiempo de conflicto armado internacional o interno; d) El derecho a la libertad y a la seguridad personales; e) El derecho a igualdad ante la ley; f) El derecho a igualdad en la familia; g) El derecho al más alto nivel posible de salud física y mental; h) El derecho a condiciones de empleo justas y favorables. 8. La Convención se aplica a la violencia perpetrada por las autoridades públicas. Esos actos de violencia también pueden constituir una violación de las obligaciones del Estado en virtud del derecho internacional sobre derechos humanos u otros convenios, además de violar la Convención. 9. No obstante, cabe subrayar que, de conformidad con la Convención, la discriminación no se limita a los actos cometidos por los gobiernos o en su nombre [véanse los incisos e) y f) del art. 2 y el art. 5]. Por ejemplo, en virtud del inciso e) del art. 2 de la Convención, los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas. En virtud del derecho internacional y de pactos específicos de derechos humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas.

gal o formal. La centralidad política y jurídica que adquiere el principio de igualdad y de no discriminación encuentra su fundamento último, además de en todo lo expuesto, en el hecho de reconocerse que la violencia contra las mujeres es un grave atentado a los derechos humanos. Esto explica que la discriminación contra las mujeres no pueda considerarse un asunto privado, sino una grave cuestión social, al evidenciar la existencia de un grupo social oprimido¹³.

A la luz de este desarrollo conceptual no puede interpretarse la conceptualización del acoso sexual y por razón de sexo, así como otras modalidades de acoso discriminatorio, ignorando, por una parte, sus diferencias con el acoso moral, y, por otra, el contexto en el que estas conceptualizaciones se han producido: la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (LOIEMH). Una ley que no puede quedar reducida en sus efectos normativos a las disposiciones adicionales, puesto que todo su articulado encierra un extraordinario valor normativo y conceptual en materia de igualdad y de no discriminación en las relaciones de mujeres y hombres.

Hemos demostrado en un estudio reciente llevado a cabo inicialmente sobre 1.880 sentencias de los Tribunales colegiados, que tras una primera lectura quedaron reducidas a 559, y de las que se eligieron 340 para un análisis exhaustivo, que el nivel de aplicabilidad de la LOIEMH por parte de la jurisprudencia se ha centrado exclusivamente en las disposiciones adicionales¹⁴ (disposiciones que modifican 22 leyes de extraordinaria relevancia en el sistema jurídico español) y no en su articulado. Esta sustracción resulta extremadamente grave por el extraordinario valor normativo e interpretativo que posee esta ley en materia de igualdad de género y de no discriminación. Las razones de este reduccionismo son de naturaleza

13. La subordinación social se construye a través de múltiples factores, que YOUNG ha analizado con detenimiento al desvelar los diferentes rostros que presenta la opresión social: exclusión del poder, sometimiento a un mayor grado de violencia, explotación económica y emocional, marginalidad laboral y sometimiento cultural al no valorar ni sus experiencias ni sus aportaciones teóricas como relevantes socialmente. A través de todos estos factores se construyen las relaciones de dominio u opresión, de unos grupos sobre otros, y la violencia estructural que las mismas generan por acumulación de actos individuales y colectivos. Precisamente por esta razón aunque cabe hablar de una teoría social general, «toda explicación causal debe ser siempre particular e histórica». YOUNG, I., *La justicia y la política de la diferencia*, Cátedra, 2000, pp. 86-112, 113.
14. Para mayor información véase: *Estudio sobre la aplicación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, bajo la coordinación de ANASTASIOS RUBIO, Consejo General del Poder Judicial y Generalitat de Catalunya. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2011.

ideológica y técnica. Todavía existen en nuestro país fuertes resistencias doctrinales y sociales a incorporar el desarrollo jurídico que ha supuesto reconocer la violencia contra las mujeres como discriminación, y además culante de una parte del articulado de la ley –al utilizarse la técnica del *soft law* (una técnica que exige la adhesión voluntaria de los sujetos implicados y su posterior implantación en cada uno de los diferentes contextos afectados). Esta nueva técnica legislativa que posee un elevadísimo nivel de eficacia en otros contextos sociales ha sido malinterpretada en el ámbito del derecho antidiscriminatorio y en la promoción de la igualdad de género, al entenderse que se trataba tan sólo de directrices políticas y no de una técnica legislativa que trata de facilitar la integración, en los diferentes contextos de la realidad española, de la efectiva igualdad en derechos de mujeres y hombres, promoviendo estructuras, prácticas y regulaciones no discriminatorias¹⁵. Esta errónea valoración de la ley de igualdad efectiva desvela la necesidad de formar a los profesionales del Derecho sobre el alcance y la relevancia del derecho antidiscriminatorio a nivel conceptual y, especialmente, sobre el extraordinario valor conceptual de la LOIEMH en el desarrollo del principio y el derecho a la igualdad.

La LOIEMH, como ella misma enuncia en su exposición de motivos, está dando entrada en el sistema jurídico español al desarrollo que el principio de igualdad y de no discriminación de mujeres y hombres ha experimentado a nivel de derecho internacional y comunitario, un desarrollo que la Constitución española facilita como resultado de la naturaleza plural que encierra el principio y el valor a la igualdad (arts. 1.1; 9.2, y 14 CE).

15. Utilizar el *soft law* o el *hard law* según los casos ha permitido al Estado llevar a cabo un importante proceso de actuación en materia de igualdad de género, con legitimidad, en contextos que no siempre encontrarían respaldo constitucional. Se ha utilizado esta técnica, con todos sus límites, para atribuir legitimidad a la actuación de los poderes públicos, sin la presión que le reportaría una norma integrada en el sistema de fuentes, y poder desplazar a los actores privados la capacidad de decidir, y de autorregularse. Si los sujetos normativos referidos en la ley hubiesen tomado el *soft law* como guía para la acción, como ha ocurrido en otros contextos (contexto energético, contabilidad fiscal de las empresas, ley del suelo) su efectividad normativa y social hubiese estado garantizada. Entonces no estamos hablando de problemas de eficacia derivados tan sólo del empleo de nuevas técnicas legislativas, sino de cuestiones de mayor calado, las cuales han sido ya analizadas. RUBIO, A., «Los efectos jurídicos del *soft law* en España en materia de igualdad efectiva», *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XXX, 2014, pp. 37-68.

1.2. DE LA IGUALDAD FORMAL A LA IGUALDAD DE GÉNERO

El impacto en los Estados de la incorporación del género en el desarrollo del principio de igualdad y del principio de no discriminación supuso un giro radical en el enfoque y desarrollo de sus políticas públicas en materia de igualdad, pero también en su forma de legislar (*soft law* y *hard law*). Aunque excede al fin de este trabajo exponer qué hizo posible esta incorporación, me parece importante referirme a ella, aunque sea muy brevemente, para contrarrestar a quienes presentan los cambios realizados en la legislación española como una rendición de los gobiernos recientes a los intereses de ciertos grupos feministas «radicales»¹⁶. Debemos comenzar esta breve descripción recordando que durante la celebración del Tratado de Roma, en 1948¹⁷, de los 51 países miembros originarios tan sólo 30 de ellos permitían la igualdad de derechos de mujeres y los hombres. A pesar de esta realidad la Carta reconoce deliberadamente «la igualdad de derechos de hombres y mujeres» y consagra, también por primera vez en un texto jurídico, «La dignidad y el valor de la persona humana». Fue este reconocimiento de la igualdad entre mujeres y hombres el que hizo posible introducir por primera vez en la historia al sexo como causa de discriminación. Durante los tres decenios posteriores a la Constitución del Tratado de Roma, la labor de Naciones Unidas se centró en promover que los Estados introdujeran en sus ordenamientos la igualdad jurídica de mujeres y hombres, una igualdad que pronto se mostró insuficiente para lograr la igualdad real en la sociedad de ambos sexos¹⁸. En la primera Conferencia Internacional sobre la Mujer desarrollada en México, en 1975, se identificaron tres objetivos claves: la

16. Descalificar como radical a quienes defienden la igualdad de derechos de hombres y mujeres es la forma en que, recientemente en España, algunos actores políticos y sociales tratan de defender y legitimar el mantenimiento de situaciones de desigualdad jurídica entre hombres y mujeres amparadas en el carácter natural de la diferencia entre los sexos, obviando la etimología de radical, que, como todos saben, es ir a la raíz.
17. Tratado de Roma. ONU (Organización de las Naciones Unidas). Derechos políticos, Sociales y económicos. Políticos y de los pueblos, 1948. Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948.
18. Adolfo POSADA analiza en España este hecho, reconociendo ya a finales del siglo XIX la gravedad del problema y la extraordinaria relevancia del feminismo en su superación. En este sentido son esclarecedoras sus palabras cuando afirma que los progresos del feminismo no deben medirse tan sólo por la difusión que estas ideas tienen en los medios sociales o intelectuales, puesto que «nada revela la fuerza de una teoría tan bien como el que los adversarios empiecen por razonar con argumentos propios del feminismo algunas de sus conclusiones», POSADA, A., *Feminismo*, Cátedra, Madrid, 1994, p. 159. Creo que esto mismo ha ocurrido en el discurso jurídico, nadie habla de feminismo como teoría jurídica, pero sus análisis críticos y sus propuestas se perciben con claridad en todos los derechos nacionales. Sobre el impacto del feminismo en el discurso jurídico y político moderno

necesidad de lograr la igualdad plena de la mujer y la eliminación de la discriminación por razón de sexo; la integración y la plena participación de la mujer en el desarrollo y la necesidad de que las mujeres se integraran en la construcción y fortalecimiento de la paz mundial. Cinco años más tarde, en la segunda Conferencia Mundial sobre la Mujer, en Copenhague, en 1980, ya se hacen sentir los límites de estas medidas. El diagnóstico fue que eran precisos nuevos esfuerzos. Se debía continuar profundizando en la igualdad jurídico-formal, pero además llevar a cabo cambios institucionales con el fin de erradicar los estereotipos y prejuicios sexistas que aun permanecían fuertemente arraigados en los sistemas de creencias de las diferentes sociedades. En la tercera conferencia mundial, en 1985, en Nairobi, bajo el título «Para el examen y la evaluación de los logros del decenio de Naciones Unidas para la Mujer: igualdad, desarrollo y paz», se alcanzó un elevado consenso político internacional, que permanece hasta el día de hoy, respecto a la relevancia de promover igualdad y erradicar discriminación para hacer posible el desarrollo socioeconómico y político de los estados. Este consenso político lo hizo posible, los cambios que ya se habían iniciado en el modelo económico para promover su globalización. A pesar de los esfuerzos jurídico-políticos llevados a cabo por parte la Comunidad Internacional y por los Estados, las realidades sociales se resistían a un cambio real, lo que llevó al convencimiento de que era necesario abordar el problema de la discriminación desde un nuevo enfoque. El nuevo enfoque consistía en introducir la categoría género, como una categoría explicativa y comprensiva de la realidad social, pero también como un nuevo enfoque metodológico y epistemológico en el diseño de las políticas públicas¹⁹. El nuevo enfoque ayudó al desarrollo de la actual dimensión transversal de la igualdad de género a nivel jurídico y político²⁰. La cuarta Conferencia Internacional de

y contemporáneo véase: RUBIO, A., *Las innovaciones en la medición de la desigualdad*, Dykinson, Madrid, 2013.

19. Europa promueve el enfoque de género en el desarrollo de las normativas y políticas de igualdad a los Estados miembros en los años ochenta, desconectando esta perspectiva metodológica y epistemológica del cuerpo teórico que la conforma y le proporciona significado, el feminismo. En muchas ocasiones la falta de reconocimiento al valor epistemológico y metodológico de esta categoría responde a la ignorancia del feminismo como marco teórico y a su relevancia social y política. El feminismo es hoy una línea central, y en la lucha contra la discriminación su menosprecio impide apreciar su influencia en el desarrollo de los derechos contemporáneos.
20. Los denominados mecanismos nacionales para el avance de las mujeres que se configuran en la Plataforma de Acción de Beijing son objeto de análisis, en concreto, el objetivo estratégico relativo al principio de transversalidad en: LOUSADA AROCHENA, J. F., *El principio de transversalidad de la dimensión de género*, Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, Madrid, 2007, pp. 10-17.

la Mujer²¹, en Beijing, en 1995²², avanzó en esta línea, alcanzándose por unanimidad un conjunto de acuerdos de gran trascendencia jurídica y política que se mantienen hasta el día de hoy, como objetivos esenciales²³.

21. Los acuerdos de esta Conferencia Mundial no se hubiesen alcanzado sin dos acontecimientos previos: la Conferencia Mundial de Naciones Unidas en materia de derechos humanos, en 1993, en Viena, y la Declaración sobre la violencia contra la mujer, de la misma fecha. En la conferencia de Viena sobre la Protección de los Derechos Humanos se reconoce, por primera vez en la historia, que los derechos de las mujeres forman parte inalienable de los derechos humanos y que las violaciones a los derechos de las mujeres son graves violaciones a los derechos humanos. Esto significaba incluir por primera vez a las mujeres, en la categoría de «lo humano», y exigir a los Estados que la protección de los Derechos Humanos fuese igualitaria para uno y otro sexo. Un hecho que venía a demostrar que la igualdad jurídica predicada hasta el momento no integraba a las mujeres como sujetos plenos e iguales en derechos. Y también la Declaración sobre la violencia contra la mujer de 1993, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su 85ª sesión plenaria de 20 de diciembre de 1993, donde se afirma que «Reconociendo que la aplicación efectiva de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer contribuiría a eliminar la violencia contra la mujer y que la declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, enunciada en la presente resolución, reforzaría y complementaría ese proceso, preocupada por que la violencia contra la mujer constituye un obstáculo no sólo para el logro de la igualdad, el desarrollo y la paz, tal como se recoge en las Estrategias de Nairobi orientadas hacia el futuro para el adelanto de la mujer 5/, en las que se recomendó a los Estados el desarrollo de un conjunto de medidas encaminadas a combatir la violencia contra la mujer, sino también para la plena aplicación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, afirmando que *la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales e impide total o parcialmente a la mujer gozar de dichos derechos y libertades, y preocupada por el descuido de larga data de la protección y fomento de esos derechos y libertades en casos de violencia contra la mujer, reconociendo que la violencia contra la mujer constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es una situación de subordinación respecto del hombre* por los que se fuerza a la mujer a una
22. Europa llevó a cabo, en el IV Programa de Acción Comunitario para la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres (1996-2000), la incorporación del género al derecho y a las políticas públicas de los Estados miembros. El Tratado de Ámsterdam daría un paso más al ampliar el contenido y el significado del principio de igualdad, lo que hizo posible extender la lucha contra la discriminación a otros grupos sociales.
23. El 4 y 5 de febrero de 2009 tuvo lugar un encuentro de ministras y representantes políticos del más alto nivel de los gobiernos de la UE, del Parlamento Europeo, UNIFEM y las principales organizaciones de mujeres de España y la UE, con el objetivo de evaluar el desarrollo y el grado de cumplimiento de los objetivos estratégicos y las medidas establecidas en la Declaración y la Plataforma de Acción aprobadas en la IV Conferencia Mundial de la Mujer de Beijing hace 15 años, y para reflexionar sobre los retos de

Aludir a estos hechos era necesario para comprender la relevancia e importancia de la LOIEMH y de las afirmaciones recogidas en su exposición de motivos²⁴, cuando sostiene que hay que superar los límites que «la igualdad formal ante la ley» tiene en las sociedades actuales, propugnándose

futuro en el camino hacia la igualdad real y efectiva. El resultado de este encuentro fue la Declaración de Cádiz, firmada por 23 ministras de 17 países europeos, donde se hace un llamamiento a los 27 Estados miembros de la UE para que eliminen «los obstáculos que impiden la plena participación de las mujeres en todos los ámbitos de la sociedad y su acceso y permanencia en los puestos de toma de decisiones, contribuyendo así a sociedades más justas, más iguales, más inclusivas y eficientes». Se consideró esencial también la participación igualitaria de las mujeres en la economía.

24. En este sentido, tiene interés recordar algunas de las afirmaciones contenidas en el *Informe balance, presentado por el Ministerio de Igualdad, el 4 de marzo de 2009*, dos años más tarde de la entrada en vigor de la Ley de Igualdad, en España. «En este informe se sostiene que la acción del Gobierno ha ido más allá en las políticas de género y, sin abandonar la igualdad de oportunidades, ha incorporado la acción positiva y la transversalidad como estrategias orientadoras de las políticas de género. Desde la perspectiva del sistema de género, y para que exista cohesión social es importante abordar dos tareas complementarias: corregir la desigualdad entre las mujeres y los hombres y revisar la estructura básica de ámbito público/privado de la sociedad moderna. Las políticas de igualdad impulsadas con gran fuerza en las dos últimas décadas, forman parte de la primera de ellas. En cuanto a la segunda, para poder abordarla ha sido necesario comenzar por hacer visible la importancia del ámbito privado para la cohesión social. Para alcanzar los objetivos necesarios en materia de igualdad es imprescindible señalar cuáles son las nuevas estrategias que se quieren impulsar en el futuro. La acción pública en materia de igualdad tiene tres grandes estrategias generales: la igualdad de oportunidades; la acción positiva; y la búsqueda de cambios estructurales. La igualdad de oportunidades busca el acceso de las mujeres al mundo público y su objetivo son las personas. Intentan corregir la “ausencia” de las mujeres. La acción positiva busca el reequilibrio entre mujeres y hombres en el mundo público. Finalmente, la estrategia de cambios estructurales propone la reorganización del modelo dicotómico de la sociedad moderna. Su objetivo es que la “presencia” de las mujeres sea asumida por toda la sociedad y que se supere la división sexual del trabajo tradicional, incorporando a los hombres a los roles antes definidos como femeninos. Estas tres estrategias son todas necesarias y se articulan entre sí; no existe una jerarquía entre ellas. Es por ello que en la aplicación de la Ley de Igualdad busca la ejecución de programas y medidas que se enmarquen en los tres tipos de estrategias. Al mismo tiempo, desde el Gobierno, se propone continuar impulsando la transversalidad y su importancia como principio rector de las políticas de género». «El Estado de Bienestar, que aún estamos construyendo en este país, ha tenido una dimensión de género implícita. En esta estrategia de cambio estructural hay que situar la lucha contra el acoso sexual y por razón de sexo». Continúa el informe: «Las leyes por sí solas no cambian la realidad social, pero son muy importantes para fijar los marcos de actuación y abrir las puertas de las reformas necesarias. Los cambios que se deberán impulsar son de gran envergadura y requerirán de mucho tiempo para su consecución. Para ello es importante la puesta a punto de las instituciones del Estado que deberán implementar las políticas públicas necesarias. El Título VIII, en sus arts. 76, 77 y 78, dispone tres órganos con un papel clave para el desarrollo y el cumplimiento de la Ley: la Comisión Interministerial de

«la igualdad plena, efectiva, entre mujeres y hombres, aquella perfecta igualdad», que no admite «poder ni privilegio para unos ni incapacidad para otros». Una realidad que para alcanzarla exige «una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, conremoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla». Si se ignora en España la evolución experimentada en materia de igualdad de género, no sólo se estará poniendo en riesgo el desarrollo social, político y económico, sino que también se estarán manteniendo los altos costes sociales y económicos que la discriminación por razón de sexo produce. Unos costes siempre graves a nivel individual y social, pero que en estos momentos de crisis económica se hacen insostenibles para la sociedad española, y ante los que no cabe, a estas alturas de siglo XXI, alegar ignorancia por parte de ninguna operadora u operador jurídico.

Consciente de la complejidad de situaciones que subyacen bajo el término igualdad de género, la LOIEMH se presenta como una Ley-Código, cuya principal novedad radica en «la prevención de las conductas discriminatorias y en la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad». Igualmente de interés para el tema que nos ocupa es el art. 4 LOIEMH, un precepto que sitúa la igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres como «principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas».

La interpretación y la aplicación del art. 7.1.2 no puede hacerse de espaldas a todos los cambios conceptuales que introduce la LOIEMH en su articulado. La Ley vincula, como no podía ser de otro modo, a todos los actores, cualesquiera que sea su naturaleza jurídica o su situación administrativa, tal y como se recoge en el art. 2.2: «las obligaciones establecidas en esta Ley serán de aplicación a toda persona física o jurídica que se encuentre o actúe en territorio español, cualquiera que fuere su nacionalidad, domicilio o residencia». Este nivel de exigencia es consecuencia lógica del carácter transversal²⁵ del principio de igualdad de género. Recordemos, como ya se ha expuesto, que la lucha contra la discriminación exige intervenir, para modificar, en primer lugar el sistema de creencias que impera en la sociedad española y, en segundo lugar, para generar cambios en la forma de vida de las personas y en el modelo social.

Igualdad entre mujeres y hombres, las Unidades de Igualdad y el Consejo de Participación de la Mujer.

25. Comparto con LOUSADA el argumento que la LOIEMH implica un «contenido esencial adicional, al principio constitucional de igualdad de sexos». LOUSADA AROCHE-NA, J. F., *El principio de transversalidad de la dimensión de género*, cit., p. 38.

1.3. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN EL ACOSO: EL ACOSO MORAL Y EL ACOSO DISCRIMINATORIO

En el estudio del acoso desde el punto de vista jurídico existen varias cuestiones, que, en mi opinión, resultan esenciales para una correcta intervención. En primer lugar, diferenciar entre el acoso moral y el acoso discriminatorio. Aunque en uno y otro caso asistimos a procesos de violencia psicológica, o física, que actúan individualmente, la diferencia está en que en el acoso moral la causa de la violencia es de naturaleza individual y en el acoso discriminatorio el origen encuentra causa en la existencia de grupos sociales subordinados. Por este motivo, el eficaz abordaje del acoso discriminatorio, por cualquiera de sus causas, exige conocer la complejidad del fenómeno discriminatorio y sus diferencias con respecto a las relaciones sociales de desigualdad entre individuos que pertenecen a un mismo grupo social; pero también es necesario desde el punto de vista conceptual distinguir en el marco del acoso discriminatorio entre el acoso sexual y por razón de sexo, y el acoso discriminatorio por otras causas diferentes como pueden ser la edad, la identidad sexual, la religión, la étnica, entre otras. La importancia de esta última distinción obedece a la naturaleza estructural básica que posee en nuestras sociedades patriarcales el sistema sexo/género²⁶. Esta última distinción implica reconocer que mientras que las mujeres pueden ser discriminadas por el hecho de ser mujer, al pertenecer a un grupo social históricamente subordinado (resultado de haber sido limitada su subjetividad y ciudadanía), los hombres no pueden serlo por el hecho de ser hombre, es decir,

26. Aunque no escapa esta pareja conceptual a las críticas, en especial desde las teorías posestructuralistas feministas, creo que da cuenta, en pocas palabras, de cómo se construye la organización social de hombres y mujeres, de la reificación de las diferencias humanas, sirve para explicar la diferente distribución de honores y cargas en la sociedad entre mujeres y hombres y, por último, también para explicar las diferentes aspiraciones individuales (RUBIN). Dicho esto, soy muy consciente de que los últimos debates teóricos sobre el sexo y el género y su aparente antagonismo (BUTLER, HARAWAY) nos obligan a revisar profundamente desde el punto de vista del feminismo jurídico su utilidad y sus riesgos. Sin embargo, no pienso que sus aportes epistemológicos queden eliminados por el hecho de existir en las sociedades identidades des-localizadoras. Algunos de los debates existentes en torno a esta pareja conceptual pueden consultarse en: AGUILAR GARCÍA, T., «El sistema sexo-género en los movimientos feministas», *Revue de civilisation contemporaine Europes/Amériques* 8/008. <http://amnis.revues.org/537>, también es de interés, de la misma autora, *El cuerpo en la nueva sociedad tecnológica*, Barcelona, Gedisa, 2008. Hay quien prefiere utilizar el concepto patriarcado al de sistema sexo/género (AMORÓS). Sin duda este concepto establecido entre otras por Celia AMORÓS, describe con bastante exactitud el sistema meta estable de prácticas difusas individuales y sociales que mantienen las relaciones de poder social entre mujeres y hombres, conformando un determinado modelo de poder. Pero he preferido utilizar la pareja sexo/género, en este contexto, porque quería destacar la presión a que somete el género al sexo biológico y a la sexualidad humana.

por su sexo, dado que pertenecen al grupo social con poder. La pertenencia a un grupo social u otro no es una cuestión psicológica, ni es una cuestión psicológica, sino sociológica. Por este motivo, la discriminación social que sufren los grupos sociales subordinados se demuestra con datos estadísticos desagregados por sexo, edad, religión, entre otras posibles causas.

En atención a todo lo expuesto, cuando existe una situación de acoso discriminatorio por cualquier motivo diferente al sexo y éste se produce por un hombre a una mujer, debemos analizar la situación desde el punto de vista de una situación de acoso discriminatorio múltiple, algo que no haríamos en el supuesto de padecer el acoso discriminatorio un hombre²⁷. Que las y los operadores jurídicos y sociales tengan un conocimiento exacto sobre la complejidad que encierra el fenómeno de la discriminación es esencial a la hora de diseñar las medidas preventivas y al establecer las sanciones adecuadas²⁸. Ofrecer esta información conceptual y clarificar algunas de las zonas de penumbra que la regulación del acoso moral y del acoso sexual y por razón de sexo presentan en nuestro derecho es el objetivo de nuestra siguiente argumentación.

Del mismo modo que el concepto universal de discriminación nace de la mano de la discriminación por razón de sexo, extendiéndose más tarde su uso

27. Tampoco cuando sea un acoso sexual de una mujer a una mujer o de un hombre a otro hombre.
28. Como veremos más adelante se suele distinguir entre situaciones de acoso graves y menos graves o leves, una distinción que encontramos en algunos protocolos, cuando la Ley no hace este tipo de distinciones. Sirva como ejemplo, la Resolución de 31 de enero de 2012, del Instituto andaluz de la Mujer, por la que se aprueba el modelo de protocolo para la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo en el trabajo y el establecimiento de un procedimiento especial para los casos que puedan producirse en la empresa. En el texto se afirma: «Parece haber un itinerario *in crescendo* del acoso. Prueba de ello es que las conductas muy graves están fuertemente asociadas a otras menos agresivas. Según un estudio realizado por el Instituto de la Mujer (agresión) pasaron por experiencias de acoso sexual grave (chantaje sexual, incluso dos trayectorias de acoso sexual: una, para casos leves (comportamientos encuadrados en acoso sexual ambiental), mucho más coarta; y otra, para los casos graves y muy graves (chantaje sexual e incluso agresión) (punto 2). Tras realizarse esta distinción, se establece la secuencia del acoso sexual grave en cinco puntos. Se alega, por último, en la Resolución que desvelar la secuencia o el proceso por el que discurre el acoso sexual es necesario porque la sociedad sólo identifica como acoso sexual las situaciones más graves. «Las víctimas de acoso sexual tardan mucho tiempo en dar nombre a lo que les está pasando y suelen afrontarlo en solitario, lo circunscriben a la esfera personal, es en la medida que los hechos y comportamientos se agravan cuando sienten la necesidad de buscar apoyo en su entorno más cercano. Esta situación tiene el riesgo de sufrir una gran invisibilidad por parte de la sociedad generando un grupo de mujeres en riesgo de exclusión» (punto 2).

a otras causas, la definición de acoso sexual y por razón de sexo servirá de base a la conceptualización de otros tipos de acoso discriminatorio. Al llevar a cabo este traslado conceptual se produce una incorrecta identificación, al considerar iguales a todas las tipologías de acoso discriminatorio y al no estimar la especificidad estructural básica que posee el acoso sexual y por razón de sexo ejercido contra las mujeres en el trabajo, la escuela, entre otros ámbitos²⁹. Unas incorrecciones que se suman a la falta de definición legal de acoso moral. Una laguna legal que la jurisprudencia española ha subsanado mediante el desarrollo de una doctrina jurisdiccional que toma sobre todo a LEYMANN como base doctrinal³⁰. No es esta laguna legal una cuestión menor en el tema que tratamos, puesto que la influencia de la doctrina jurisdiccional, una doctrina previa a la LOIEMH, se deja sentir también en la interpretación jurisdiccional que se hace de los conceptos de acoso sexual y acoso por razón de sexo (GIL, RUBIO)³¹. Un hecho que puede constatarse con claridad en las sentencias de los tribunales colegiados.

El observatorio vasco sobre Acoso Moral en el Trabajo, ya reconocía esta doctrina en 2006, si bien destacaba que en la recepción de los conceptos extrajurídicos existía una doctrina judicial dividida. Incluso se llega a afirmar que existen tantos conceptos como tribunales superiores de justicia. A pesar de esta afirmación, recoge el Observatorio dos corrientes dominantes: una totalmente servil de los conceptos jurídicos extrajurídicos, en concreto de LEYMANN³²; y una segunda que trata de conformar un concepto totalmente jurídico, cuya característica, es la simplicidad, tal y como se deduce de la siguiente conceptualización: «presión laboral tendenciosa que, mediante la degradación de las condiciones y ambiente de trabajo, pretende la autoexclusión del trabajador del mismo». Aunque ambas líneas confluyen en la jurisprudencia, el Observatorio Vasco sobre el Acoso moral añade que se está imponiendo la unificación de ambas, dándose lugar a esta nueva definición: «sistemática y prolongada presión psicológica que se ejerce sobre una persona en el desempeño de su trabajo, tratando de destruir su comunicación con los demás y atacando su dignidad personal con el fin de conseguir que, perturbada su vida laboral, se aleje de la misma provocando autoexclusión» (Sentencia TSJ, Sala Social, Madrid, de 24

29. En este mismo error se incurre cuando se define a la violencia doméstica como violencia familiar en general y a la violencia de género como una subclase de ésta.

30. *Estudio sobre la aplicación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, cit.*

31. RUBIO A., GIL RUIZ, J. M^a, *Dignidad e igualdad en derechos. El acoso en el trabajo*, Dykinson, Madrid, 2012.

32. Aunque también ha influido en la jurisprudencia española Marie France HIRIGOYEN, quien a diferencia de LEYMANN introduce un enfoque de género en sus análisis sobre el acoso moral y el acoso moral en el trabajo, pero su influencia ha sido menor. HIRIGOYEN, M. F., *El acoso moral. El maltrato psicológico en la vida cotidiana*, Paidós, Madrid 2010, 21 ediciones.

de abril de 2006)³³. Esta definición resulta claramente insuficiente en el ámbito de la Administración, puesto que en este contexto laboral las personas trabajadoras no abandonan su puesto de trabajo, como consecuencia de la estabilidad y fijeza del mismo, salvo cuando se encuentran gravemente enfermas. Además, en este contexto las situaciones de acoso presentan ciertas especificidades como consecuencia de la capacidad organizativa del servicio y la discrecionalidad en los puestos de libre designación que posee el personal de dirección.

A todo lo expuesto hay que añadir la pluralidad de situaciones que subyacen bajo los términos acoso sexual y acoso por razón de sexo³⁴, ante la conceptualización realizada por la LOIEMH; y también en el acoso moral si atendemos a la doctrina jurisprudencial citada. Unas situaciones que sólo tienen en común una intrincada red de semejanzas que se superponen y entrecruzan³⁵. Una claridad que se hace más difícil aún de establecer cuando tratamos de mostrar los bienes jurídicos lesionados en cada una de las tipologías de acoso³⁶,

33. Observatorio Vasco sobre Acoso Moral en el trabajo, *Acoso Moral en el Trabajo. Guía de prevención y actuación frente al mobbing*, 2006, p. 15.

34. Este hecho explica que en muchos protocolos contra el acoso sexual y por razón de sexo realizados por las empresas se introduzca una larga enumeración de posibles situaciones de acoso de esta naturaleza. MORONDO TARAMUNDI, D., «Protocolos contra el acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito de las administraciones públicas». *Acoso sexual y acoso por razón de sexo: actuación de las administraciones públicas y de las empresas*, núm. 36 *Justicia y Sociedad*, Colección del Centro de Estudios jurídicos y Formación especializada del poder judicial, 2013, p. 101. También en BODELÓN, E., y GALA, C., «Protocolos contra el acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito en las empresas», *Acoso sexual y acoso por razón de sexo: actuación de las administraciones públicas y de las empresas*, núm. 36 *Justicia y Sociedad*, Colección del Centro de Estudios jurídicos y Formación especializada del poder judicial, 2013, pp. 159-160.

35. Para profundizar en estos aspectos conceptuales véase BARRÈRE UNZUETA, M^a A., «El "acoso sexual": una mirada a sus orígenes y a su evolución en la Unión Europea», *Acoso sexual y acoso por razón de sexo: actuación de las administraciones públicas y de las empresas*, núm. 36 *Justicia y Sociedad*, Colección del Centro de Estudios jurídicos y Formación especializada del poder judicial, 2013, pp. 17-25.

36. En mi opinión la diversidad de derechos fundamentales afectados en las situaciones de acoso sexual y por razón de sexo son consecuencia lógica de la diversidad de situaciones que pueden ser constitutivas de acoso sexual y por razón de sexo. Dependiendo de la situación tendrá mayor centralidad la integridad moral o física, la libertad sexual, la intimidad, la dignidad, etc. El peso que en la argumentación jurídica tendrá uno y otro bien jurídico afectado dependerá de la naturaleza del acto u actos constitutivos de acoso y de la tipología del acoso. Pienso que quizá no sea correcto al hilo de esta argumentación decir que nos encontramos ante un hecho de carácter pluriofensivo. Y sólo sería correcto en el caso de que el acoso evolucione de un acoso sexual a un acoso moral o viceversa.

o cuando se califican los acosos discriminatorios como manifestaciones particulares del acoso moral laboral³⁷.

Los problemas conceptuales y de fundamentación que encierra la regulación del acoso en España proceden del derecho comunitario. Parte de la confusión conceptual deriva de haberse considerado a todos los tipos de acoso un ataque a la dignidad de la persona trabajadora, tanto cuando se habla de acoso moral como de acoso discriminatorio; y también por haber otorgado un exceso de relevancia conceptual al contexto, el ámbito laboral. Esto sucede cuando se identifica el acoso laboral con el acoso moral, haciendo pensar que esta última tipología es la categoría general que subsume a todas las demás. Un claro ejemplo lo tenemos en la Resolución de 28 de julio de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se aprueba y publica el Acuerdo de 27 de julio de 2011 de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado sobre el Protocolo de actuación frente al acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados a ella. En el apartado II, punto 2.1, se dice: «cuando se utiliza la expresión acoso laboral se suele hacer referencia a lo que en términos algo más concretos se conoce como acoso moral o psicológico en el trabajo». También en esta Resolución se entiende el acoso laboral como un proceso, cuando especifican aquellas conductas que no son acoso, bien porque no poseen el componente de repetición y duración que aquél requiere o porque al ser denunciadas se encuentran en una fase precoz. Si ponemos en relación este texto con la Resolución de 31 de enero de 2012, del Instituto andaluz de la Mujer, por la que se aprueba el modelo de protocolo para la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo en el trabajo y el establecimiento de un procedimiento especial para los casos que puedan producirse en la empresa, se observa que mientras que la Resolución de la Administración General del Estado califica a las etapas iniciales de la violencia psicológica en el trabajo como no acoso, la Resolución del Instituto andaluz de la Mujer entiende que nos encontramos ante casos leves, que preceden a otros actos más graves. La diferencia de criterio se podría justificar argumentando que mientras que la Resolución de la Administración habla del acoso laboral en general, la del Instituto andaluz de la Mujer se refiere al acoso sexual y por razón de sexo. Pero lo cierto es que esta diversidad de análisis y de criterios normativos no ayuda a la aplicación de la normativa reguladora del acoso. Por este motivo considero esencial que la jurisprudencia española desarrolle criterios claros y

37. Esta afirmación la encontramos en la guía de prevención y actuación frente al *mobbing*, elaborada por el Observatorio Vasco sobre Acoso moral en el Trabajo, así como la igualación entre todos los acosos discriminatorios. *Op. cit.*, p. 16.

precisos de aplicación a partir de distinciones conceptuales que permitan diferenciar sin margen de duda la discriminación de la desigualdad; al tiempo que fijen las diferencias que existen entre unos y otros tipos de discriminación. Una clarificación conceptual que debe realizarse a partir de la CEDAW y atendiendo a la contribución teórica que sobre el derecho antidiscriminatorio ha llevado a cabo el feminismo jurídico internacional y nacional. Sin el marco teórico y explicativo del feminismo jurídico se hace difícil comprender la especificidad que presenta la discriminación contra las mujeres de otros tipos de discriminación, pero también la especificidad del acoso por razón de sexo respecto al acoso moral. El feminismo ofrece un marco teórico y explicativo imprescindible en el desarrollo de esta nueva realidad jurídica.

En mi opinión, en este olvido e ignorancia radica una parte importante de la confusión conceptual existente. Los efectos negativos que producen las confusiones conceptuales en torno al acoso son: se impiden diagnósticos precisos, se dificulta la comprensión de las acciones y reacciones de los sujetos activos y pasivos implicados en las diferentes tipologías de acoso, afectando todo ello a la aplicabilidad del art. 7.1.2 LOIEMH, y también a la posibilidad de delimitar a partir de los conceptos jurídicos de acoso sexual y por razón de sexo, una definición legal básica de acoso, tomando como referencia los elementos comunes que se repiten en ambas definiciones. Esta propuesta ha sido desarrollada y defendida por mí, en otros trabajos (RUBIO 2011 y 2013), tiene el interés de tomar a la LOIEMH como marco jurídico de referencia, lo cual es importante en materia de igualdad, además de no entrar en contradicción en lo esencial con la doctrina de consenso elaborada por el TSJ, Sala de lo Social, Madrid, de 24 de abril de 2006.

A diferencia de la propuesta elaborada por la doctrina de consenso jurisdiccional, mi propuesta contaría en mi opinión con una mayor adecuación jurídica, al partir de los conceptos jurídicos de acoso existentes³⁸ (aunque sean otras tipologías) y no de conceptos extrajurídicos. Hubiese sido deseable que el Derecho español hubiese resuelto la falta de definición de acoso moral y que la LOIEMH hubiese introducido mayor claridad conceptual (DEL RÍO), pero no ha sido así. Esta situación ha obligado a los tribunales españoles a construir un concepto doctrinal sobre el acoso moral, en el que se han visto obligados a reflexionar sobre cuestiones morales y filosóficas, así como de forma indirecta sobre la naturaleza y los límites del derecho. Por esta razón, en la construcción jurisprudencial penetra la cultura social sobre la violencia y, de una forma específica, la violencia normalizada en el trabajo. Aún al día de hoy el ámbito

38. No debe olvidarse que en el acoso moral se lesionan derechos fundamentales básicos, la dignidad y la igualdad, que también se lesionan en las tipologías de acoso sexual y por razón de sexo, aunque no sea un acoso discriminatorio.

laboral se percibe, en España, como un contexto esencialmente conflictivo y en el que la violencia aparece entre los sujetos de un modo natural³⁹.

2. LOS BIENES JURÍDICOS OBJETO DE INTERÉS EN LA REGULACIÓN DEL ACOSO: LA DIGNIDAD VERSUS LA IGUALDAD

2.1. ¿EN QUÉ AFECTA LA CENTRALIDAD DE LA DIGNIDAD AL DESARROLLO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA IGUALDAD Y DE LA NO DISCRIMINACIÓN?

Los debates sobre si la regulación y la sanción del acoso, en cualquiera de sus tipologías, debe fundamentarse en el respeto a la dignidad de las personas, en la igualdad de trato o en la igualdad de oportunidades, son relevantes dado que optar por uno u otro principio jurídico tiene efectos no sólo conceptuales e interpretativos, sino también sociales y políticos. El desarrollo jurídico del principio de no discriminación ha sido posible como resultado de aceptar que la discriminación es un problema jurídico de naturaleza diferente al de la desigualdad entre individuos. Por consiguiente, si se centra la prohibición de acosar sexualmente y por razón de sexo exclusivamente en la dignidad de las personas se estaría partiendo de un enfoque individualista del problema⁴⁰, que ignora o

39. Al igual que al comienzo del trabajo sostuvimos que la violencia no es connatural a la vida humana, tampoco lo es al ámbito laboral. Las investigaciones hechas por los Estados hasta el momento permiten afirmar en palabras de Jeanne GREGORY que «el acoso en el lugar de trabajo abunda más donde la receptora es menos capaz de protegerse a sí misma, donde los sindicatos son débiles, indiferentes o inexistentes, donde las trabajadoras carecen de derechos generales». La igualdad de oportunidades existe en el trabajo «cuando el lugar de trabajo es seguro y grato para todas las personas que trabajan en él y se hace innecesario el litigio individual». En un ambiente de trabajo donde la vulnerabilidad de las personas trabajadoras se incrementa así como la precariedad, es lógico pensar que se incrementará en la misma proporción las situaciones de todo tipo de acoso. GREGORY, J., *El acoso sexual: impacto de las leyes de la UE en los estados miembros*, cit., p. 224.

40. Sin duda la prominencia del enfoque individualista y liberal es clara, sobre todo en la tradición anglosajona, al anudar la dignidad al desarrollo de la responsabilidad personal. En este sentido cabe destacar a DWORKIN, R., *La democracia posible*, Paidós, 2007, pp. 33-37. Sin embargo, no tiene la dignidad por qué reducirse a esta interpretación, ni tiene por qué ser negativo poner en valor lo individual. Por ejemplo Drunilla CORNELL recupera tras su concepto de «esfera imaginaria» una interesante dimensión social de lo individual, desde una posición feminista y no conservadora CORNELL, D., *En el corazón de la libertad*, Cátedra, 2001, Prefacio, pp. 9-11. En la obra citada de DWORKIN está presente la preocupación (que también está presente en mí desde hace bastante tiempo, aunque más en este momento ante la crispación ciudadana frente a la política) por superar los viejos antagonismos respecto a la relevancia social y política de ciertos principios o valores básicos. Opino que existen en el discurso liberal sobre la dignidad aspectos sobre el valor intrínseco de lo indi-

dificulta atender a su dimensión grupal y estructural, que es lo que diferencia a una situación de acoso discriminatorio de una situación de acoso moral; si por el contrario fundamentamos la prohibición de acosar sexualmente o por razón de sexo en la efectiva igualdad de trato y la igualdad de oportunidades (una efectiva igualdad que no admite privilegio alguno de un grupo social sobre otro, tal y como reconoce la LOIEMH en su exposición de motivos), no tiene sentido equiparar jurídicamente, como hace el art. 7.1.2 LOIEMH, a los sujetos activos y pasivos del acoso sexual y por razón de sexo, como si hombres y mujeres estuviesen en la misma posición social de poder y estatus. Esta equiparación ignora el valor jurídico que la diferencia sexual ha de tener en estos supuestos. ¿Cómo es posible cometer este error, después de todo el esfuerzo que se había venido desarrollando para introducir la perspectiva de género en la elaboración normativa y en la aplicación del Derecho? Si algo estaba claro desde la década de los ochenta del siglo pasado era que la igualdad de trato de mujeres y hombres no era una realidad social sino un objetivo político y jurídico a alcanzar. Por consiguiente, ¿cómo puede el Derecho olvidar de nuevo este hecho y no otorgarle valor jurídico a la diferencia sexual en las situaciones de acoso? ¿Hubiese podido el Derecho español haber dado entrada a la diferencia sexual en la definición realizada en el art. 7.1.2 de la LOIEMH, a pesar de implementar la LOIEMH al sistema jurídico español definiciones ya contenidas en las directivas europeas? ¿Si está tan claro, tal y como hemos visto al analizar la evolución del principio de igualdad y el concepto jurídico universal de no discriminación, que el acoso sexual y por razón de sexo lo sufren mayoritariamente mujeres, por qué se insiste, desde Europa⁴¹ y también desde algunos grupos de expertos internacionales, en

- vidual que el discurso feminista y socialdemócrata pueden integrar, contextualizándolo y reinterpretándolo desde una nueva ontología social. En resumen, hay que intentar buscar puntos de encuentro entre los distintos enfoques, para ampliar la mirada sobre la realidad. El enfoque complejo es imprescindible en el análisis de situaciones discriminatorias. Debemos ir de lo complejo a lo más complejo, no a lo simple (MORIN).
41. La normativa social europea respecto a los derechos de las mujeres y la promoción de la igualdad de trato y de oportunidades con respecto a los hombres no siempre ha beneficiado a todas las mujeres europeas por igual. Mientras que algunos grupos feministas utilizan la legislación europea para promover en sus países mejoras en la protección y garantías de los derechos de las mujeres, otros critican duramente esta legislación al considerar muchas de estas medidas ajenas a los intereses y necesidades de las mujeres como sujeto político y social, al haber sido creadas dichas políticas con el propósito exclusivo de satisfacer ciertos objetivos económicos. Las contradicciones en el seno de la UE respecto a la normativa económica y social son evidentes. El elitismo existente en el proyecto de integración social resulta evidente en las negociaciones del Tratado de la Unión y en la centralidad de lo económico frente a lo social y lo político, y explica las ambigüedades y contradicciones. El «descubrimiento del acoso sexual» por parte de los Estados como un mal endémico en el mercado de trabajo de la UE, que frenaba la igualdad de las mujeres, enfrentó a Europa. El vacío legal que había sobre esta materia

ahí la necesidad de desligar, en España, al concepto jurídico de dignidad de los discursos fuertemente conservadores que dominan el concepto de persona y que pueden actuar, como contra-reformadores, vaciando de sentido y significado a todo el derecho antidiscriminatorio.

2.2. LOS RIESGOS DE LA IN-DIFERENCIACIÓN DE LOS SUJETOS EN LA REGULACIÓN DEL ACOSO SEXUAL Y POR RAZÓN DE SEXO

Parece importante analizar a continuación si existe en el ámbito laboral, en concreto en el marco relevante de la Organización Internacional del Trabajo, un desarrollo conceptual sobre discriminación por razón de sexo distinto del descrito, que justifique o explique la in-diferenciación introducida en el art. 7.1.2 LOIEMH, de la mano del Derecho comunitario. Desde que LYN FARLEY (1978) y MACKINNON (1979) acuñaran el término acoso sexual, nombrando un viejo fenómeno del que ya se hacía eco la legislación penal española en el siglo XIX, y además destacaran que su incidencia era muy elevada en el ámbito laboral, mucho se ha construido y debatido tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial. Comenzaremos con el análisis de los Convenios y Recomendaciones que sobre discriminación y acoso sexual y por razón de sexo se han producido en el marco de la OIT, con la finalidad de comprender por qué en oposición a todo lo establecido en el marco de Naciones Unidas, toma la dignidad y no la igualdad una posición central en la regulación del acoso sexual y por razón de sexo.

El Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111)⁴³, establece entre sus considerandos que «la discriminación constituye una violación de los derechos enunciados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos», pasando a definir el término discriminación del modo siguiente:

Art. 1

1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:

(a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

(b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que

te de sus derechos individuales, así como tampoco ha logrado erradicar los privilegios culturales que socialmente se les reconocen a los hombres como sujetos de mayor nivel de racionalidad y de autoridad. Para un análisis más detallado de estos aspectos véase: RUBIO, A., *Las innovaciones en la medición de la desigualdad*, cit., pp. 64-84.

43. Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (Entrada en vigor: 15 junio 1960) Adopción: Ginebra, 42ª reunión CIT (25 de junio de 1958).

podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

3. A los efectos de este Convenio, los términos *empleo* y *ocupación* incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo⁴⁴.

En primer lugar, debemos detenernos en analizar si la expresión «tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo», contenida en el art. 1.1.a.b), limita el significado de la conceptualización llevada a cabo por la CEDAW, cuando define la discriminación como toda restricción, exclusión o preferencia que tenga como efecto o como resultado menoscabar o anular el reconocimiento, el goce o ejercicio, sobre la base de la igualdad, de los derechos humanos y las libertades fundamentales (art. 1). Es lógico que la CEDAW amplíe el catálogo de derechos afectados por la discriminación por razón de sexo a todos los derechos humanos y libertades fundamentales dado el carácter transversal que presenta la violencia o discriminación contra las mujeres, y también lo es que el C 111, se centre en la discriminación laboral. Dicho esto, pienso que ambas expresiones están reconociendo como discriminación por razón de sexo tanto el daño presente como el daño futuro. Y, por consiguiente, aunque no existe un convenio concreto sobre acoso sexual y por razón de sexo, el C 111 proporciona suficiente cobertura legal al considerar sin problema al acoso sexual y por razón de sexo como una violación al principio de no discriminación. También en la Conferencia Internacional del Trabajo de 1985, en la Resolución sobre igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores y las trabajadoras en el empleo, se afirma que el acoso sexual en el lugar de trabajo deteriora las condiciones de trabajo de los empleados y sus perspectivas condiciones de empleo y promoción, recomendando la incorporación de medidas destinadas a prevenirlo y evitarlo mediante políticas públicas que promuevan la igualdad (OIT 2011 b). A la luz de estas palabras se puede afirmar que parece estar claro que la erradicación de la discriminación por razón de sexo, en cualquiera de sus modalidades o formas, exige la promoción social de la efectiva igualdad de mujeres y hombres⁴⁵.

44. Los efectos del art. 1, tal y como establece su art. 2, se extienden a «formular y llevar a cabo una *política nacional que promueva*, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de *eliminar cualquier discriminación* a este respecto».

45. Más adelante nos detendremos en analizar el contenido complejo que encierra este término.

En 2003, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, consideró el acoso sexual como «El comportamiento en función del sexo, de carácter desagradable y ofensivo para la persona que lo sufre. El acoso se puede presentar principalmente de dos formas. La primera sucede cuando se condiciona a la víctima para que acceda a comportamientos de carácter sexual, mediante promesas de mejoras laborales como la permanencia en el trabajo, aumentos de salario, por ejemplo. La segunda sucede en un ambiente laboral hostil en el que la conducta da lugar a situaciones de intimidación o humillación de la trabajadora hostigada».

El único Convenio en el que se habla explícitamente de acoso sexual es el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, de 1989 (C.169, art. 20)⁴⁶. Además de otros textos jurídicos de gran relevancia internacional: la ya citada CEDAW, en sus arts. 3 y 5; la Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos de Viena, 1993, donde se identifica el acoso sexual como una violación a los derechos humanos; la Convención Belem Do Pará, sobre la prevención, sanción y erradicación de la Violencia contra la mujeres, en cuyo art. 2.b) se alude al acoso sexual. Más recientemente, hay que destacar el *Resumen Ejecutivo «Acoso sexual en el trabajo y masculinidad. Centro América y República Dominicana»*, de 2013. En este informe interesa destacar como se pone el centro de atención en el sistema socio-cultural⁴⁷, en la lucha contra la discriminación por razón de sexo⁴⁸.

46. Resumen ejecutivo «Acoso sexual en el trabajo y masculinidad. Centro América y República Dominicana. Exploración con hombres de la población general». Organización Internacional del trabajo, 2013, p. 9.

47. *Ibidem*, p. 11.

48. La preocupación de la OIT y de sus comités de expertos respecto al acoso sexual se evidencia en el comentario que se recoge en 2011 sobre la legislación Argentina. La Comisión toma nota de la ley núm. 1010, de 2006, por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo. La Comisión observa que la ley se refiere, en su art. 2, al acoso sexual como una forma de maltrato laboral manifestado en todo acto de violencia contra la libertad sexual del trabajador; que aunque prevé la presunción de existencia de acoso laboral si se cumplen ciertas circunstancias, se establece la obligación de prevenir el acoso por medio de medidas específicas y se establecen sanciones para los responsables directos del acoso y para aquellos empleadores, que no hayan adoptado las medidas necesarias para prevenirlo; Sin embargo, el art. 3 recoge circunstancias atenuantes muy amplias, incluidos el estado emocional, la pasión excusable, los vínculos familiares, la manifiesta o velada provocación, lo cual vacía de sentido todo lo anterior. Respecto a España, no se menciona nada sobre acoso sexual, pero sí interesa destacar cómo la Comisión exige al gobierno español que «continúe informando sobre la aplicación y el impacto en la práctica de la Ley Orgánica núm. 3/2007, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, en particular sobre los planes de igualdad adoptados en el marco de la negociación colectiva en el seno de las empresas y su impacto en la aplicación del Convenio». Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, 2012, pp. 514 y 560.

Es más, se considera que los modelos de masculinidad y de feminidad que se promueven por las sociedades patriarcales son el principal caldo de cultivo de la violencia contra las mujeres. Este diagnóstico permite defender la necesidad de actuar sobre los prejuicios y estereotipos sexistas irracionalizándolos, como vía para erradicar y no sólo prohibir la discriminación por razón de sexo⁴⁹. Junto al certero diagnóstico, nos interesa destacar de este Informe las diferentes propuestas de definición que se proponen. Unas propuestas relevantes si consideramos que la investigación ha sido financiada por el Departamento de trabajo de los Estados Unidos, un país que como ya hemos señalado fue pionero en la regulación jurídica del acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito laboral, y que cuenta con una larga experiencia práctica al respecto. He considerado pertinente, a pesar de su larga extensión, citar de forma íntegra las propuestas de definición porque éstas son resultado no sólo del estudio normativo sino también de una exploración con hombres de la población en general, lo que les lleva a recoger una multiplicidad de situaciones⁵⁰, que sólo tienen en común que atentan contra la dignidad de las personas en el trabajo creando un ambiente degradante y ofensivo para las mujeres.

«Acoso por razón de sexo en el trabajo: cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. Supone un tipo de situaciones laborales mucho más amplias y no tiene por qué existir intencionalidad sexual por parte de la persona agresora. Las consecuencias de este tipo de acoso, no son tan directas como en el acoso sexual en el trabajo. Lo reseñable es que no se da una intencionalidad sexual y que es el paraguas o la base en la cual se da el acoso sexual en el trabajo»⁵¹.

49. Unas exigencias ya demandadas por la Resolución sobre igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores (1985), cuando señalaba la necesidad de promover políticas activas.

50. Es la diversidad de situaciones que quedan incluidas bajo un mismo término la que obliga a llevar a cabo una larga enunciación de probables situaciones de acoso sexual o por razón de sexo. Un hecho que constatamos en estas propuestas definitorias y también en algunos de los protocolos desarrollados en España sobre el tema. La diversidad de hechos que caen dentro de la definición de acoso sexual y por razón de sexo ha sido destacada por BARRÉRE. BARRÉRE UNZUETA, M^a A., «El "acoso sexual": una mirada a sus orígenes y a su evolución en la Unión Europea», *Acoso sexual y acoso por razón de sexo: actuación de las administraciones públicas y de las empresas*, cit., p. Respecto a las enumeraciones o listas contenidas en los protocolos, véase MORONDO TARAMUNDI, D., «Protocolos contra el acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito de las administraciones públicas», *Acoso sexual y acoso por razón de sexo: actuación de las administraciones públicas y de las empresas*, cit., p. 101.

51. De ahí que sea esencial de cara al futuro, en mi opinión, que los Estados promuevan a través de su legislación laboral tolerancia cero ante cualquier tipo de comportamiento sexista o machista.

«Acoso sexual en el trabajo: Cualquier conducta, física o verbal, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno laboral intimidatorio, degradante u ofensivo. Se circunscribe al ámbito de lo sexual.

Dentro del acoso sexual en el trabajo, nos podemos encontrar con dos tipos de conductas según la OIT:

- *Chantaje sexual o quid pro quo* (en latín «algo a cambio de algo»). El que se produce por una persona superior jerárquica o personas cuyas decisiones puedan tener efectos sobre el empleo y las condiciones de trabajo de las personas acosadas. En este caso, quienes ejerzan la agresión sólo pueden ser quienes tengan el poder de decidir sobre el acceso o continuidad de la persona acosada o sobre sus condiciones de trabajo como: salarios, promoción, acceso a recursos, etc. Además, el chantaje sexual puede ser: o *Explícito*, cuando hay una proposición directa y expresa de solicitud sexual o coacción física para ello; o *Implícito*, cuando la persona trabajadora no ha sido requerida sexualmente, pero otras personas de su mismo sexo y en situaciones profesionales similares mejoran su categoría o salario por aceptar condiciones de un chantaje sexual, lo que implica de manera implícita su aceptación.
- *Ambiente laboral hostil* es aquella conducta que crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto de la misma. En este caso no tiene por qué darse una relación jerárquica. Puede ser una compañera o compañero (de igual o inferior nivel), o personas relacionadas con el lugar de trabajo como: proveedoras, clientela, personas que colaboran con la empresa o institución, Pero existe un telón de fondo donde tanto el acoso sexual en el trabajo como el acoso por razón de sexo en el trabajo interactúan. Se trata de los mecanismos de perpetuación del patriarcado: el sexismo y la masculinidad hegemónica⁵². Me interesa destacar de este informe, en primer lugar, que a pesar de ubicar el acoso sexual y por razón de sexo en el contexto general de la violencia contra las mujeres y la discriminación por razón de sexo, introduce en sus propuestas de definición, que tanto el acoso sexual como el acoso por razón de sexo son un atentado «contra su dignidad». Considero importante destacar este elemento, sobre el que me detendré más adelante, porque desde ciertos sectores doctrinales se ha defendido, como ya expusimos, que no resulta correcto considerar estas

52. *Ibíd.*, pp. 11 y 12.

tipologías de acoso como un atentado a la dignidad, dado el significado esencialmente individualista que al mismo se le presupone⁵³.

Tras detenerse el informe en establecer las definiciones que ayudarían a la correcta calificación de estas situaciones añade: «Para concluir, hay que tener muy presente que (el acoso sexual) supone una vulneración de múltiples derechos fundamentales que toda persona tiene, como, por ejemplo: el derecho a la libertad, a la intimidad, a la dignidad, a la no discriminación por razón de sexo e identidad de género, a la salud, y seguridad en el trabajo. Es decir, la problemática del acoso sexual en el entorno laboral se debe entender como una manifestación contraria a la igualdad entre mujeres y hombres en las organizaciones laborales y como un problema de salud laboral, ya que estas conductas afectan de manera negativa tanto a las personas trabajadoras que la sufren directamente, al funcionamiento de las propias organizaciones (sean empresas u organizaciones o instituciones públicas) y al propio Estado. Los deterioros en la salud física y mental de las personas trabajadoras como consecuencia del acoso sexual en el trabajo inciden en su productividad y por lo tanto en los costes de trabajo. El problema no son los hombres y las mujeres. La cuestión reside tanto en los modelos patriarcales de masculinidad y feminidad, como en las representaciones sociales que avalan y refuerzan estos modelos»⁵⁴.

53. En este sentido se pronuncia BARRÉRE, quien critica la bipolaridad dignidad/igualdad que existe en el derecho comunitario, siguiendo la argumentación de BAER y ZIPPEL, para quienes el enfoque basado en la dignidad es proclive a individualizar las conductas, a centrarse en la perspectiva del acosador y a tomar a los seres humanos como sujetos autónomos, sin tomar adecuadamente en consideración las jerarquías y relaciones de poder que existen socialmente entre mujeres y hombres y la relevancia de la diferencia sexual. BARRÉRE, «El Acoso sexual: una mirada a sus orígenes y a su evolución en la Unión Europea», *cit.*, pp. 38-43. Defienden por el contrario la corrección de la bipolaridad dignidad/igualdad VALL y EHRENREICH, argumentando que el daño que produce el acoso sexual y por razón de sexo es a la dignidad de la persona, si bien el contexto que promueve estas tipologías de acoso es la desigualdad social que existe entre mujeres y hombres. Estos argumentos doctrinales pueden encontrarse desarrollados en la obra de BARRÉRE antes citada, en concreto en sus páginas 36-38.

54. Tampoco se decía nada nuevo, algunos años antes, la OIT, el 16 de noviembre de 2009, definía al acoso sexual como un problema de relaciones de poder entre mujeres y hombres en el que el estrés emocional, la humillación, la ansiedad, la depresión, la ira, la impotencia, la fátiga, la enfermedad física entre otras, eran algunas de las consecuencias que sufrían las víctimas de acoso sexual. En 2011, la OIT desarrolló el estudio «Legislación y Jurisprudencia Comparadas sobre Derechos Laborales de las Mujeres». Éste indicó que la regulación del hostigamiento o el acoso sexual es, en general, insuficiente y la jurisprudencia muy escasa y aislada. El acoso sexual es un tipo de acoso en el lugar de trabajo, una forma de discriminación contra las mujeres y una manifestación de violencia, respaldada por las pautas culturales y sociales existentes. Una violencia estructural contra las mujeres que también el Banco mundial recono-

Cuando ponemos en relación estas conclusiones y diagnóstico con las definiciones, parece existir contradicción, lo que nos lleva a preguntarnos: ¿si el acoso sexual es una manifestación contraria a la igualdad, por qué se continúa definiendo como un ataque a la dignidad de la persona? ¿Por qué motivo si la causa última del acoso por razón de sexo y del acoso sexual son los estereotipos sociales de masculinidad y feminidad con los que conformamos o socializamos a los hombres y mujeres, se habla en ambas definiciones de la persona en abstracto, incurriéndose en un exceso de generalidad? No es la primera vez que encontramos contradicciones entre el diagnóstico y el pronóstico en materia de igualdad entre mujeres y hombres, al contrario parece ser una constante cuando se analizan jurídica o políticamente las situaciones de discriminación por razón de sexo. Por consiguiente, debe matizarse que no es la sexualidad o la protección de la libertad sexual, en abstracto, lo que justifica calificar como discriminación (cualquiera que sea el sujeto activo o pasivo) al acoso por razón de sexo y el acoso sexual, sino la grave violación al principio de igualdad que supone mantener y reproducir estereotipos humanos sexuados a través de estas relaciones de poder⁵⁵.

Todo lo expuesto nos lleva a plantear otra cuestión complicada, que debemos afrontar. La definición de acoso sexual y por razón de sexo desarrollada por la legislación española de la mano del derecho comunitario (art. 7.1.2 LOIEMH) no reconoce relevancia jurídica al sexo del sujeto activo o pasivo

ció en su último informe de 2013, al culpabilizar de su existencia a todos los actores, tanto privados como públicos e institucionales.

55. Calificar a estas conductas como un grave atentado a la igualdad de hombres y mujeres y discriminación (cualquiera que sea el sujeto activo y pasivo) supone reconocer que la subordinación social se construye a partir de prácticas individuales y colectivas conscientes o inconscientes que reproducen una imagen jerarquizada de lo humano; y que la opresión social se mantiene y reproduce esencialmente en contextos privados, entre los que está el ámbito laboral. Para resumir toda la complejidad que encierra o se oculta tras el acoso sexual y por razón de sexo contra las mujeres, nada mejor que recordar las palabras de Adrienne RICH, cuando afirma: «La recuperación de nuestros cuerpos llevará a la sociedad humana a cambios mucho más esenciales que la apropiación de los medios de producción por parte de los trabajadores... La sexualidad, la política, la inteligencia, el poder, la maternidad, el trabajo, la comunidad y la intimidad adquirirán nuevos significados». La cita ha sido tomada de C. MACKINNON, *Hacia una teoría feminista del Estado*, Cátedra, Valencia, 1995, p. 275. El acoso sexual y por razón de sexo desvela o hace visible que la sexualidad no es una simple realidad natural, sino que representa el resultado de un complejo proceso de construcción social, por este motivo se desarrollan un conjunto de procedimientos de poder en las sociedades tendentes a crear y controlar el sexo de los individuos. En esta construcción del sujeto como sujeto sexual colabora tanto la ciencia como la filosofía, de ahí que A. PULEO afirme al final de su obra que el pensamiento filosófico muestra su sesgo patriarcal más claro en su visión sobre la sexualidad. Véase PULEO, A., *Dialectiva de la sexualidad. Género y sexo en la filosofía contemporánea*, Cátedra, Valencia, 1992, pp. 9, 62, 177, 196 y 211.

cuando establece qué conductas son constitutivas de acoso sexual y acoso por razón de sexo, optando por la in-diferenciación. Esta in-diferenciación potencia la confusión jurídica entre discriminación y desigualdad, dado que considera igualmente discriminación el acoso sexual de un hombre a otro hombre, como de una mujer a un hombre, de una mujer a otra mujer o de un hombre a una mujer. Este exceso de abstracción además de producir confusión conceptual promueve la peligrosa idea a nivel teórico y práctico, de que se puede prescindir del concepto jurídico de discriminación, puesto que no añade nada al término jurídico «desigualdad». Si esta idea se generalizara entre las y los operadores jurídicos, no sólo perderíamos un concepto esencial para abordar la discriminación que sufren socialmente los individuos pertenecientes a grupos sociales subordinados u oprimidos, perderíamos también todo el desarrollo experimentado en el interior del principio y del derecho a la igualdad, regresándose jurídicamente a tiempos pasados en los que sólo cabía reclamar la igualdad ante la ley y la igualdad en la aplicación de la ley, quedando la ausencia de discriminación demostrada tan sólo con el respecto a la igualdad de trato. Esta pérdida no afectaría tan sólo a la lucha de las mujeres⁵⁶ y a su igualdad en derechos, sino que afectaría a toda la sociedad en su proceso civilizatorio y de emancipación humana⁵⁷.

Dicho esto, la siguiente cuestión es preguntarnos: si esta indiferencia o exceso de generalidad respecto a los sujetos que introduce el art 7.1.2 LOIEMH se opone radicalmente a reconocer valor a la diferencia sexual, en algunas situaciones, en concreto, en aquellas en las que el sujeto activo es un hombre y el sujeto pasivo una mujer. Mi opinión es que no. Reconocer que la diferencia sexual es jurídicamente relevante en los supuestos de acoso sexual y por razón de sexo a las mujeres por parte de los hombres en el ámbito laboral (o en la escuela) no rompe en absoluto el contenido del art. 7.1.2, dada la pluralidad de situaciones diferentes que los conceptos establecidos en la LOIEMH subsume. Es más, no hacerlo entraría en conflicto con todo el espíritu de la LOIEMH y especialmente con su art. 4. El art. 4 no permite interpretaciones literales que contradigan el sentido de la ley; e incluso, atendiendo al art. 3 del Código Civil no hacerlo implicaría interpretar la norma del art. 7.1.2 de espaldas a la realidad social.

56. El feminismo jurídico y político ha luchado siempre por promover la igualdad para todas y todos sin distinción. Esto implica el fin de los privilegios de unos grupos frente a otros. En otras palabras, lo que se promueve es el fin de las relaciones de dominio y de opresión social. Un esfuerzo jurídico y político en el que ocupa un papel esencial el concepto jurídico de discriminación.

57. Los esfuerzos teóricos y prácticos por desligar la igualdad en derechos de las mujeres de la promoción general a la igualdad jurídica, para presentar a aquélla como una lucha minoritaria, residual o sectorial, penetran en esta opción conceptual.

Además, dar entrada a la diferencia sexual en algunos supuestos de acoso sexual y acoso por razón de sexo evitaría poder calificar de forma incorrecta como acosos leves supuestos de acoso sexual o por razón de sexo a mujeres, por parte de hombres. La distinción entre acosos leves y graves no está en la ley como ya hemos expuesto, pero los protocolos de las empresas y de la administración la recogen, de ahí el interés de destacar, que bajo ningún pretexto, dada la discriminación actual contra la mujeres que existe en nuestro país, se pueden calificar como situaciones de acoso leve el acoso sexual o por razón de sexo sufrido por una mujer a instancias de un hombre en el trabajo. A todo lo ya expuesto cabe añadir que la introducción de la diferencia sexual a la hora de interpretar y aplicar los conceptos contenidos en el art. 7.1.2 LOIEMH impide que se pueda confundir el acoso moral con el acoso moral por razón de sexo⁵⁸, lo que sin duda mejoraría la interpretación y la aplicación del tipo recogido en el art. 7.2.

Hasta el momento las situaciones de acoso moral por razón de sexo escapan al control del poder judicial y de los agentes sociales. Una ceguera que impide actuar de forma adecuada desde el derecho contra el sistema de creencias sexista o machista imperante en la sociedad. A todo lo expuesto cabe añadir que ignorar el valor jurídico de la diferencia sexual a la hora de aplicar la normativa en materia de acoso discriminatorio supone partir de un modelo humano neutro en la sociedad o en el Derecho, que hace ya tiempo ha sido abandonado por los discursos jurídicos más relevantes, tal y como hemos podido comprobar. Por último decir que poner en valor la diferencia sexual en el Derecho no es introducir un estatus jurídico privilegiado para las mujeres, el estatuto jurídico privilegiado lo mantiene de forma oculta la in-diferenciación de los sujetos, al estimarse jurídicamente como iguales situaciones que el concepto jurídico de discriminación nos permite ver como diferentes.

¿Hasta qué punto podría argumentarse que otorgar valor jurídico a la diferencia sexual⁵⁹ viola la igualdad de trato proclamada por el derecho comunitario?

58. El hecho de no otorgar valor jurídico a la diferencia sexual explica los pocos supuestos de acoso por razón de sexo que se identifican en los tribunales de justicia. Este hecho ha sido constatado en el estudio sobre sentencias que se ha realizado en GIL RUIZ, J. «La doctrina jurisprudencial en materia de acoso sexual y acoso por razón de sexo», *Acoso sexual y acoso por razón de sexo: actuación de las administraciones públicas y de las empresas*, núm. 36, *Justicia y sociedad*, Consejo General del Poder Judicial, 2013, p. 265
59. Ya hemos expuesto las críticas y tensiones que genera la pareja conceptual sexo/género, pues bien, las mismas se extienden al término diferencia sexual. Se critica y no sin razón que este término puede encerrar una visión muy biologicista y limitada de lo humano. Aun aceptando estas críticas, considero que el término diferencia sexual en el discurso jurídico tiene utilidad en tanto evita, como es el caso del art. 7.1.2, el exceso de generalidad respecto a la no relevancia jurídica de los sujetos implicados. Reclamar que la diferencia sexual sea tomada en consideración a la hora de inter-

rio y nacional? Reconocer valor jurídico a la diferencia sexual es absolutamente compatible con el contenido complejo que el principio de igualdad de trato ha adquirido en los últimos años en la jurisprudencia y en la legislación española, como ya se ha expuesto al comienzo del trabajo. En este sentido citemos la jurisprudencia del tribunal constitucional –en concreto la producida respecto a la inconstitucionalidad de la LOIEMH–, donde se afirma que: la igualdad de trato unas veces implica el reconocimiento de una igualdad formal entre mujeres y hombres y otras un proceso de construcción de la paridad, diferenciando, para compensar y erradicar situaciones de desigualdad pasadas y presentes⁶⁰. Una

prestar los hechos y de aplicar la norma es exigir que se haga visible en el proceso la discriminación social contra las mujeres.

60. «El principio de igualdad ante la Ley proclamado en el art. 14 CE impide que el legislador dé un trato distinto a personas que se hallen en la misma situación (STC 144/1988). Sin embargo, tal paridad no impide que el legislador haga distinciones siempre que puedan ser calificadas de objetivas y razonables, constituyendo discriminaciones cuando sean arbitrarias o irrazonables. En la formulación del juicio de razonabilidad debe prestarse especial atención a las diferenciaciones normativas por razón de las condiciones prohibidas expresamente en el art. 14 CE. Junto con lo expuesto se recuerda que la igualdad ha de ser real y efectiva por mor del art. 9.2 CE, lo que dota de legitimidad a las acciones positivas encaminadas a favorecer la igualdad de oportunidades, práctica que, no obstante, puede colisionar con los derechos de las personas excluidas y con el criterio meritocrático, según el cual, los bienes o beneficios escasos deben ser asignados según la valía individual de las personas. Lo que no ha sido óbice para que la Ley haya favorecido a las personas con discapacidad mediante la reserva de cuotas en el acceso a la función pública, «lo que constituye una discriminación positiva indirecta en méritos del art. 49 CE». «Nuestra Constitución configura la igualdad como un principio y valor que impregna todo el ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), como un derecho público subjetivo (art. 14 CE), y como un referente para la acción social del Estado, que debe tender a la igualdad sustancial (art. 9.2 CE). Los valores no conciernen sólo al legislador sino a todos los poderes del Estado». «Este Tribunal Constitucional ha fijado su doctrina de forma evolutiva desde la STC 103/1983 hasta la actualidad, profundizando en ese concepto de igualdad material por encima de la mera apariencia formal». «La idea orientadora de la LOIEMH es la promoción real de la igualdad de la condición femenina. Con independencia de la denominación teórica que merezcan sus previsiones, lo determinante es que gozan de cobertura en instrumentos internacionales y que la idea misma de discriminación positiva ya es comúnmente aceptada y ha sido objeto, singularmente en el ámbito laboral y para la mujer trabajadora, de diversos pronunciamientos de este Tribunal (por todas, STC 229/1992, de 14 de diciembre). La valoración de este tipo de medidas cuando afecten a derechos fundamentales debe hacerse teniendo presente la integración constitucional de la igualdad y no discriminación». Estos párrafos han sido extraídos de Texto de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha veintinueve de enero de dos mil ocho, de la que ha sido Ponente la Magistrada doña Elisa Pérez Vera, desestimando la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4069-2007, promovida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife, y el recurso de inconstitucionalidad núm. 5653-2007, interpuesto por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados

jurisprudencia que adquiere su máximo sentido cuando la ponemos en contacto el art. 9.2 CE. Un precepto cuya potencialidad no cabe reducir a la mera promoción de la igualdad real de mujeres y hombres o a la remoción de obstáculos sociales o políticos a la igualdad real, puesto que establece también una relevante función de control constitucional para impedir retrocesos normativos o jurisprudenciales injustificados en materia de igualdad de género. Por consiguiente, no tomar en cuenta la diferencia sexual en los supuestos de acoso sexual y por razón de sexo, sería aplicar e interpretar las definiciones contenidas en el art. 7.1.2 LOIEMH de espaldas a todo lo que la LOIEMH es y representa, pero también de espaldas a los mandatos constitucionales.

Como respaldo a esta afirmación hacemos nuestras las palabras del TC, en la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, de veintinueve de enero de dos mil ocho, de la que fue Ponente la Magistrada doña Elisa Pérez Vera, donde se afirma que «La idea orientadora de la LOIEMH es la promoción real de la igualdad de la condición femenina». Bajo estos presupuestos no se pueden interpretar los conceptos contenidos en el art. 7.1.2 LOIEMH sustrayéndonos a todos los desarrollos experimentados en el contenido del principio de igualdad y de no discriminación a nivel constitucional. Sentencias como ésta evidencian que en nuestro país es importante mostrar aún de forma clara y convincente el contenido complejo que en el derecho y en el principio a la igualdad ha introducido el nuevo derecho antidiscriminatorio.

Dando un paso más en esta argumentación, cabe preguntarse, si reconocer relevancia jurídica a la diferencia sexual en el art. 7.1.2 LOIEMH alteraría *de facto* el contenido del precepto jurídico objeto de análisis.

Si aceptamos que bajo el término acoso sexual y por razón de sexo tiene entrada una pluralidad de situaciones diferentes, al afirmarse «cualquier comportamiento» de naturaleza sexual o en función del sexo, que tengan el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona, en particular, cuando se crea un ambiente hostil, degradante; y esta pluralidad de situaciones la situamos bajo la óptima del espíritu de la LOIEMH, pero también del proyecto de justicia constitucional, nada parece impedir al intérprete y aplicador del Derecho tomar en cuenta, cuando el supuesto de acoso sexual y por razón de sexo es de un hombre a una mujer, la diferencia sexual, ante la existencia de una clara e incuestionada discriminación social y laboral contra las mujeres.

¿Obstaculiza esta interpretación, que el art. 7.1.2 LOIEMH al definir el acoso sexual y por razón de sexo afirme: que ha de tener «el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad»? En mi opinión, la centralidad dada a la dignidad no impide tampoco cerrar la puerta a la diferencia sexual. Leamos con detenimiento como se enuncia por la CE el derecho fundamental a la dignidad: «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» (art. 10.1 CE). El precepto parece dejar claro que el reconocimiento de dignidad a la persona humana implica el respeto igualitario a unos derechos inviolables, en tanto que éstos hacen posible el desarrollo personal y la vida en sociedad. Por este motivo cabe anudar la dignidad, sin problema, es más como una necesidad al respeto a los derechos de los demás individuos, en pie de igualdad, como fundamento necesario para el orden social y político que trata de instaurar la constitución.

Pienso que el contenido complejo del derecho a la dignidad no se opone a dar valor jurídico a la diferencia sexual, ni tampoco impone la in-diferenciación respecto a los sujetos, ésta es sólo una opción política. A lo que se opone la dignidad es a la desigualdad arbitraria y a la negación de la igualdad en derechos entre todos los individuos, como fundamento del orden social. El contenido complejo del mandato constitucional a la dignidad humana tampoco impone una dimensión individualista, ni impide que se predique dignidad para los grupos sociales subordinados y/o oprimidos. Cuestión diferente es, si hubiese sido deseable que el art. 7.1.2 reconociera a estos tipos de acoso discriminatorio como una vulneración al principio de igualdad y de no discriminación esencialmente, para de este modo impedir que en su interpretación y aplicación se generaran ambigüedades o bipolaridades⁶¹.

2.3. LA DIGNIDAD VERSUS IGUALDAD EFECTIVA

Debo decir, para no incurrir en engaño, que el objetivo que guía mi argumentación y reflexión sobre la dignidad es tratar de hallar una estrecha y razonable conexión entre la dignidad y la efectiva igualdad que permita la entrada a la diferencia sexual en el art. 7.1.2 LOIEMH, sin estar creando Derecho. Pero también para reducir a mínimos la tendencia a individualizar las conductas de acoso sexual y por razón de sexo, ignorando el contexto social discriminatorio en el que se producen.

«Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos». Con estas palabras comienza la *Declaración de las ONG feminista y de mujeres de América Latina y el Caribe* su reclamación de nuevos derechos humanos, en 2004. Bajo estos términos se invoca el compromiso ético y la firme voluntad política que hoy se necesita para la protección de los derechos humanos, especialmente de las mujeres. ¿Por qué a la vieja fórmula «igualdad en derechos» del siglo XVIII se le añade la dignidad? ¿Por qué la lucha por la igualdad y contra la discrimi-

61. BARRÉRE, *op. cit.*, pp. 38-43.

nación exige poner en valor la dignidad humana y desarrollar un contenido no individualista de la misma?

El reconocimiento constitucional a la dignidad a través de una disposición explícita –como sucede en la Constitución Alemana, Española⁶²–, o implícita como en la Constitución Italiana, tiene el sentido de recordar que los derechos que consensuamos políticamente como inviolables (derechos humanos), cumplen la función de declarar jurídica y políticamente el valor de cada uno de los seres humanos, sobre cuya base tiene legitimidad el orden social y las estructuras y relaciones de poder. Garantizar jurídicamente el valor igual de cada ser humano, que es lo que implica anudar la dignidad a unos derechos inviolables, no tiene por qué oponerse a una nueva ontología social, en la que se reconoce la existencia de grupos sociales y las relaciones de poder y de interacción existente entre ellos. Al contrario, creo que, como hizo la Declaración de las ONG feminista y de mujeres en 2004, conectar dignidad e igualdad permite reconocer la relación estrecha (o la tensión dialéctica) que existe, o que debe existir, cuando se interpreta el derecho antidiscriminatorio, entre lo individual y lo social, lo público y lo privado, la igualdad y la diferencia, lo moral y lo jurídico.

La relevancia de los grupos sociales en la conformación del individuo (YOUNG) y el reconocimiento de que existen individuos sometidos a discrimina-

62. Durante los días 1, 2 y 3 de octubre de 2007 se celebró en Roma el IX Encuentro de los Tribunales Constitucionales de España, Italia y Portugal. La delegación española estuvo compuesta por la Presidenta, María Emilia Casas Baamonde, el Vicepresidente, Guillermo Jiménez Sánchez, así como por los Magistrados, Elisa Pérez Vera y Manuel Aragón Reyes. El tema del Encuentro, «La dignidad humana como principio constitucional», permitió un intenso y fructífero intercambio de experiencias y opiniones entre las tres delegaciones, a partir de las ponencias elaboradas por los respectivos Tribunales Constitucionales. La ponencia española, cuyo texto se adjunta, fue presentada por el Vicepresidente del Tribunal Constitucional. La ponencia presentada se puede consultar en <http://www.tribunalconstitucional.es/en/actividades/Pages/artic04spx>. La ponencia fue elaborada por JIMÉNEZ, G. y DE LA CUEVA, I., y del texto he extraído la siguiente afirmación: «la dignidad de la persona no encuentra reconocimiento constitucional como derecho fundamental autónomo, razón por la cual la doctrina del Tribunal Constitucional alude a ella como fundamento último de otros derechos fundamentales y como valor del que los derechos fundamentales son cristalización. Sin embargo no es fácil encontrar en la citada doctrina constitucional un pronunciamiento que encuentre su *ratio decidendi* en el concepto de dignidad humana, pues en la práctica totalidad de las ocasiones la decisión del Tribunal Constitucional se sustenta en la consideración del derecho fundamental singular que se encuentra inmediatamente en juego (la igualdad, la prohibición de discriminación, la integridad física, la prohibición de tratos inhumanos o degradantes o de la tortura, la integridad moral, la libertad religiosa, el honor, la intimidad, la propia imagen, la tutela judicial efectiva, las garantías constitucionales del proceso penal, etc.), respecto del cual es frecuente que el Tribunal Constitucional afirme que encuentra fundamento, es emanación o traducción normativa de la dignidad humana».

ción por su pertenencia a ciertos grupos sociales subordinados, no quita valor al objetivo jurídico-político de lograr mediante el Derecho que se garantice 1 + 1 + 1+... (María LEJÁRRAGA). Se necesita una utopía jurídico-política donde puedan coexistir sin tensiones lo individual y lo social, lo personal y lo colectivo, dadas sus profundas y estrechas interconexiones. En este marco la conexión dignidad/igualdad es imprescindible, dado que tanto la dignidad como la igualdad se oponen radicalmente a la jerarquización humana que promueven los estereotipos y los prejuicios sexistas, que desarrolla el actual orden social patriarcal.

Reconocer la dignidad como el principio que fundamenta la existencia de derechos inherentes a la persona humana implica reconocer jurídica y políticamente a cada uno de los individuos, mujer u hombre, que integran la sociedad, al tiempo que considerarlos un bien en sí mismo, independiente de las condiciones personales y sociales, de las actitudes o defectos del sujeto. Esta consideración no quiebra la dimensión esencialmente social del individuo y su dependencia de los otros. Debemos superar la visión de la dignidad ligada tan sólo al valor intrínseco del individuo –un individuo atomizado–, para desarrollar nuevos significados en los que la dignidad en interacción con la igualdad en derechos haga posible la restitución a todos los grupos sociales subordinados del valor intrínseco que tienen como espacios de conformación de las identidades individuales. Puesto que no podrán los individuos tener reconocida la dignidad individual, si previamente no la tienen los grupos sociales a los que pertenecen.

Cuando la visión individualista de la dignidad representa al individuo como un yo independiente y atomizado, deja fuera o no toma en consideración la visión relacional de la dignidad. La dignidad en su vertiente relacional pone al individuo como un valor en estrecha conexión con los otros, sus iguales en derechos; es más, la igualdad en derechos se justifica y cobra relevancia política y jurídica desde el consenso político de reconocernos como si fuéramos iguales, o como seres de igual valor (hablamos de un valor intrínseco)⁶³. Por este motivo, si consideramos a la

63. La estrecha conexión entre dignidad e igualdad, a nivel constitucional, quedó clara en la jurisprudencia sentada en la Sentencia de 24 de mayo de 1982, de la que fue ponente el magistrado Tomás y Valiente: «No se es más o menos bueno o malo, digno o indigno por el hecho de casar con noble, siendo como son igualmente dignas todas las personas (art. 10CE)». Para algún sector de la doctrina constitucional la dignidad está en la raíz de todos los derechos básicos; aunque pueda tener en algunos de ellos una dimensión más potente, como sería el caso de la integridad física o moral, la intimidad personal, la libertad personal, entre otros. En este contexto tiene interés reseñar que en ocasiones se ha confundido la dignidad con el honor de la persona, pero la jurisprudencia menor ha clarificado la delimitación entre uno y otro derecho. Esta jurisprudencia puede consultarse en GONZÁLEZ PÉREZ, J., «La dignidad de la persona en la jurisprudencia constitucional», 1985, *cit.*, pp. 143-145.

dignidad en su proyección social y se despliega su tutela jurisdiccional exige actuar en todas y en las múltiples manifestaciones de la existencia histórica y material del individuo y de los grupos en los que se integra. Esto significa que la dignidad es violada por todos aquellos actos, decisiones o prácticas que provoquen humillación o menosprecio a un individuo o grupo, cualquiera que sea el modo o la forma, así como el contexto. Esto nos permite afirmar que el valor otorgado a la dignidad en nuestra constitución⁶⁴ permite analizarlo desde diferentes enfoques o perspectivas, siendo esencial su enfoque social, relacional y normativo⁶⁵.

En su dimensión social la dignidad exige que no sólo la persona sea tratada con dignidad, sino que deben serlo todas. Un mandato que impide al Derecho ciertas diferencias individuales como relevantes para desde ellas legitimar la opresión o la discriminación de un grupo social. En su dimensión relacional la dignidad se opone a que puedan existir grupos sociales cuyos estatutos jurídicos impidan o dificulten la protección de los derechos inherentes a la persona a otros grupos sociales. Por consiguiente, se puede decir que la dignidad se opone a todo tipo de discriminación, también lógicamente a la discriminación por razón de sexo. Esto nos permite sostener que en líneas generales la protección de la dignidad y su anudamiento a un grupo de dere-

64. GONZÁLEZ PÉREZ, J., «La dignidad de la persona en la jurisprudencia constitucional», 1985, <http://www.racmyp.es/docs/anales/A62/A62-8.pdf>; BATISTA, F., «La dignidad de la persona en la Constitución española: naturaleza jurídica y funciones», 2006. <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/econst14/CUC1401.pdf>. Para DE LUCAS la dignidad debe ser considerada en nuestra constitución como un valor. Esto supone reconocer el art. 10CE como una norma de apertura, dado que el constituyente español no pretendió cerrar el catálogo de valores constitucionales, cuando en el preámbulo se afirma que la Nación española, en uso de su soberanía, trata de promover una digna calidad de vida. Por último, decir que los valores de libertad, igualdad, justicia y pluralismo alcanzan sentido y contenido en el reconocimiento del valor de la dignidad humana. Esto supone reconocer a la dignidad como fundamento del estado social. DE LUCAS, J., *Estimativa y política constitucionales*, Madrid, UCM Facultad de Derecho, 1984, pp. 100-118. Esto nos exige diferenciar entre juicios de valor y juicios de obligación, es decir, entre decir que una cosa sea un valor o que tenga valor. Si se considera a la dignidad un criterio de valor comparativo, debemos decir que esto le otorga una trascendencia relevante a nivel constitucional. Si además se considera a la dignidad un principio jurídico, estamos ante un mandato de optimización (RUBIO LORENTE). DWORKIN, por ejemplo, define los principios como cláusulas genéricas o estándares que enuncian modos de ser del Derecho. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, pp. 22 y ss. En uno de sus textos recientes habla de los principios de dignidad e igualdad como los estándares éticos comunes que todos comparten en una democracia, aunque se difiera políticamente en la interpretación que sobre su contenido se hace. DWORKIN, R., *La democracia posible*, Paidós, 2012.

65. Estos diferentes enfoques pueden consultarse, así como la jurisprudencia que los respalda, en la Ponencia ya citada de 2007 y presentada al IX Encuentro de los Tribunales Constitucionales de España, Italia y Portugal.

chos inviolables e inherentes para el desarrollo de la persona humana, impide que a través del Derecho se puedan establecer límites en el ejercicio y disfrute de los derechos humanos a los individuos o grupos sociales. Llegados a este punto, cabe sostener que la dignidad humana promueve la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

No sólo se ha criticado que la dignidad haya introducido en la regulación del acoso sexual y por razón de sexo un exceso o riesgo de individualización que dificulta o quita relevancia a la naturaleza discriminatoria y grupal que poseen estos tipos de acoso discriminatorio (BARRÉRE), sino que también se ha criticado la dimensión esencialmente moral que supone considerar a estas tipologías de acoso como un atentado a la dignidad, cuando lo que debía haber imperado es la dimensión estrictamente jurídica, y con ella la primacía de la igualdad. Aunque puedo entender estas críticas, e incluso compartirlas, no debe olvidarse que la dignidad no tiene por qué tener una dimensión moral o iusnaturalista⁶⁶. Desde una teoría crítica del Derecho es un objetivo prioritario hallar las mejores interpretaciones posibles, desde un enfoque hermenéutico, a la normativa existente y no tan sólo develar los defectos existentes en ella, aun cuando este fin sea también muy importante.

Se esperaba de la ley que hubiese subsanado la laguna legal existente en España respecto al acoso moral⁶⁷ y que hubiese también llevado a cabo una precisa distinción entre el acoso discriminatorio por razón de sexo y sexual, y

66. Lo criticable respecto a la dignidad es que se utilice para reforzar el criticable dispositivo «persona», que como bien explican Roberto EXPÓSITO y Giorgio AGAMBEN ha sido empleado para impedir el reconocimiento de la singularidad de cada ser humano, pero también la relevancia en la persona del contexto social. La abstracción permitida por esta categoría jurídica ha impedido reconocer el valor de los cuerpos y de la individualidad, de ahí que se reivindicue la necesidad de revisar críticamente esta categoría jurídica y social para readaptarla a la nueva realidad social. A lo que nos oponemos en este trabajo de forma radical es a que la centralidad de la dignidad en la regulación del acoso sea utilizada, como hasta ahora está ocurriendo, para generar despersonalización e in-diferenciación. Por esta razón intentamos demostrar en todo momento el valor jurídico de la diferencia como un instrumento necesario para de-construir los efectos negativos que sobre la regulación del acoso discriminatorio produce la in-diferenciación o abstracción establecida en la LOIEMH. Pienso que este riesgo se puede evitar situando la protección de la dignidad en estrecha relación con el valor de la diferencia sexual y las múltiples diferencias o especificidades en las que se expresa o se muestra lo humano. Una diversidad humana y social que el poder judicial tiene la responsabilidad de hacer visibles al interpretar la norma y al valorar los hechos tomados en consideración durante el proceso. EXPÓSITO, R., *El dispositivo de la persona*, Amorrortu, Buenos Aires-Madrid, 2011; SIDEL, M. L., «Más allá de la persona: lo impersonal en el pensamiento de Roberto Expósito y Giorgio Agamben», *Eikasia* (Revista de Filosofía), septiembre 2013, pp. 159-176.
67. Una pregunta relevante y sobre la que no nos podemos detener es: ¿por qué no interesa una definición legal de acoso moral, y a qué intereses responde esta ausencia?

el otro acoso discriminatorio por otras causas. Pero no fue así. Ahora bien, el hecho de no estar recogidas todas estas precisiones en el art. 7.1.2 no significa que el precepto cierre la puerta a las mismas, si lo interpretamos en relación con el articulado de la ley de igualdad efectiva y el mandato constitucional existente en materia de igualdad de género. El Derecho no es estático, sino que está sometido constantemente a la interpretación y al sentido que sobre él desarrollan los diferentes operadores e intérpretes jurídicos. Esto explica que las normas deban de ser interpretadas conforme al contexto social e histórico en el que nacen y en el que se aplican. Pero además la dimensión dinámica del derecho encierra algo más, supone reconocer que las normas jurídicas son normas institucionalizadas (Alda FACIO), y por esta razón sometidas a un constante proceso de determinación de su significado y sentido.

Sin duda alguna, el principio de la dignidad humana hace visible a nivel constitucional la estrecha relación que existe entre la moral y el Derecho, pero, ¿es negativa, en el marco de la promoción de la igualdad efectiva de mujeres y hombres, esta conexión? ATIENZA sostiene que desligar de manera radical, como sugiere FERRAJOLI, el discurso moral del discurso político es un serio error, especialmente para la izquierda que pretende la transformación del mundo en un sentido más igualitario, desde posiciones axiológicas, para lo que necesita de la moral⁶⁸. En su dimensión normativa la dignidad además de ser fuente de inspiración e instrumento de control en la creación del derecho, ejerce también una relevante función interpretativa como criterio general. Una función que puede ejercerse porque existe un consenso universal, racionalmente construido y sometido al debate racional, sobre la justicia y los valores y principios jurídicos que la misma implica. Esto es, que los derechos inherentes a la dignidad humana conforman el núcleo esencial de la igualdad en derecho, y de lo justo socialmente y políticamente establecido. Si negamos este objetivismo moral, si negamos el consenso universal que existe en torno a los derechos humanos y su valor de legitimación en la construcción de una sociedad justa, se hace difícil, por no decir imposible, criticar el derecho vigente y menos aún situar a la dignidad y a los derechos anudados a ella, en igualdad, como el eje fundante del Derecho y de la paz social, como dice la CE⁶⁹.

68. ATIENZA, M., *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*, Edit. Pasos Perdidos, Madrid, 2013, p. 57.

69. Si consideramos a la dignidad, tal y como la doctrina española mayoritaria reconoce, un valor (Lucas VERDÚ) y un principio jurídico, con tres funciones: fundamentadora, promocional y hermenéutica del Derecho. Esto significa que tiene la capacidad de legitimar las prestaciones positivas del Estado, pero también funciona, en relación con el art. 9.2, como límite al poder del Estado, al presuponer la dignidad un «*prius*» lógico, ontológico y deontológico, que es condición existencial de todo derecho. Esta cualidad es la que hace al ser humano merecedor de tener derechos, es decir, el de-

Este consenso dirige nuestra atención hacia otro problema jurídico, que no podemos eludir, el interpretativo. Existe una distinción relevante para el tema que nos ocupa, entre intencionalistas y constructivistas de la interpretación (ATIENZA). Cuando se interpretan las normas jurídicas se les adscribe un determinado sentido y significado que maximice su valor práctico. O dicho de otra forma, la mejor interpretación es la que sin vulnerar el elemento autoritario del Derecho y sin ir en contra de lo establecido nos permite desarrollar al máximo los derechos fundamentales, entendidos éstos de acuerdo con una determinada filosofía moral y política, que es: «la que mejor permita dar cuenta de nuestras Constituciones (o de cada una de ellas)»⁷⁰.

Cuando se pretende utilizar una argumentación estrictamente jurídica y no moral, se pueden cometer dos posibles errores: enmascarar de argumentación jurídica una argumentación moral o llevar a cabo un intento vano y contraproducente. Pero tampoco el activismo político escapa a la crítica, por parte de quienes defienden el formalismo jurídico como eje central de la seguridad jurídica. Una seguridad jurídica que alcanza su máximo significado en relación con el concepto de autonomía personal (LAPORTA). ¿Cómo hacer uso de la autonomía personal cuando no está claro qué puedo o no hacer? ¿Cómo garantizar la seguridad jurídica en una ley que deja la libertad de decidir en manos de un grupo de personas expertas, que amparados en la racionalidad técnica toman decisiones contaminadas por la ideología política o la moral? Éstas son algunas de las preguntas que se hace LAPORTA para criticar el activismo judicial.

ATIENZA trata de demostrar, frente a LAPORTA⁷¹, que cualquiera que sea la posición que adoptemos en materia de interpretación -activista o formalista- ésta

recho a tener derechos (ESTÉVEZ ARAUJO). En su función promocional la dignidad desarrolla el contenido de los derechos fundamentales, entre ellos la igualdad, y en su función hermenéutica ayuda a nivel interpretativo a determinar el contenido esencial de los derechos fundamentales, además de precisar el alcance de su titularidad y ser fuente de nuevos derechos, como norma de apertura. BATISTA, F., «La dignidad de la persona en la Constitución española: naturaleza jurídica y funciones», *Cuestiones constitucionales*, núm. 14, enero-junio, 2006, pp. 17-20. También, para el tema que nos ocupa, merece un especial interés exponer que la dignidad funciona como límite a la autonomía de la voluntad en el (art. 1255 Código Civil). La jurisprudencia del TC se ha detenido en este aspecto, en la Sentencia 5/1981, de 13 de febrero, en donde se desestima la cláusula de un contrato por atentar contra el art. 10.1 CE. GONZÁLEZ PÉREZ, J., «La dignidad de la persona en la jurisprudencia constitucional», ponencia presentada en la academia en la sesión del día 5 de marzo 1985, *cit.*, pp. 140-141.

70. ATIENZA, M., *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*, *cit.*, p. 93.
71. LAPORTA, F., *El imperio de la ley, una visión actual*, Trotta, 2007, pp. 191-192. Para LAPORTA quienes se «rebelan contra el formalismo interpretativo no aceptan que el derecho es un cuerpo consistente y completo de reglas dogmáticas cuyo significado pende de conceptos con una referencia definida». Quienes sostienen que las

nos dirige finalmente a precisar las razones morales y políticas que intervienen, lo deseamos o no, en la interpretación⁷². Así como a reconocer que los enunciados jurídicos son de naturaleza moral y/o política, además de técnicos. Por este motivo, en el momento de la interpretación y de la aplicación del Derecho intervienen teorías, hechos y valores, además de prejuicios y estereotipos. Reconocer esta realidad no implica calificar a la justicia como irracional, sino desvelar que lo lógico y lo moral confluyen, así como lo moral y lo jurídico.

¿Interpretar el Derecho a la luz de la dignidad humana y de los derechos inherentes al desarrollo del individuo es una invasión moral de lo jurídico, que distorsiona la función interpretativa⁷³? ¿Incorre el activismo judicial en un ata-

necesidades sentidas, las teorías morales y políticas, las intuiciones e incluso los prejuicios que los jueces comparten con sus conciudadanos determinan la interpretación más que el silogismo (HOLMES), se están oponiendo *de facto* al imperio de la ley. No creo que exista oposición al imperio de la ley. La discrepancia está en qué se considera ley y qué dimensión de ella es la esencial. No estamos reivindicando que el poder judicial se dedique a la tarea, sin límites, de crear normas, porque las que existen carecen de significado que deseamos, como afirma LAPORTA. Estamos sosteniendo que los enunciados normativos recogen estándares generales, que deben ponerse en interacción con la realidad, y al hacer esta función interpretativa no impedir su fin. *Op. cit.*, pp. 196-197.

72. ATIENZA, M., *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*, cit., p. 95.

73. La mayoría de las teorizaciones sobre la motivación de las decisiones judiciales se basan en tratar de demostrar qué exigencias se deben cumplir para hablar de una decisión correcta o buena. Para unos, que se logre convencer o persuadir a un auditorio universal, para otros, la cuestión es mucho más simple, la decisión es correcta si ha sido tomada conforme a derecho. HERNÁNDEZ MARÍN crítica que se le exija a una decisión judicial para ser justa que sea conforme o ajustada a determinados valores o principios. Para este autor la corrección la proporciona exclusivamente el razonamiento lógico y su coherencia con lo que las reglas jurídicas establecen. En modo alguno se necesita que la decisión esté en coherencia con lo que determinados patrones extrajurídicos establecen, ya sean filosóficos, morales o sociológicos. El autor basa esta argumentación en que toda sentencia o decisión judicial favorable «dice el derecho», el derecho material, puesto que en estos supuestos coincide el hecho de aplicar con el hecho de decir el derecho. «Quienes piensen que el derecho no está formado sólo por enunciados, sino también por elementos o entidades de otro tipo, como principios jurídicos o valores jurídicos, podrán sostener que el derecho también se puede aplicar aplicando esos otros elementos. Pero corresponde a quienes piensen así aclarar en qué consiste aplicar esas entidades jurídicas, por ejemplo en qué consiste aplicar un principio jurídico o un valor jurídico». HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Razonamientos en la sentencia judicial*, Marcial Pons, 2013, pp. 105-107 y 108. Pero si aceptamos que la constitución conforma junto a la legislación ordinaria los enunciados normativos que son Derecho, entonces, incluso desde esta argumentación no existiría problema alguno en afirmar que: cuando no se tienen en cuenta los enunciados constitucionales y sus mandatos no se está argumentando de forma correcta, puesto que se ignora una parte del derecho.

que al derecho vigente y a su legitimidad cuando interpreta y decide desde el objetivismo moral? ¿Podría calificarse nuestra propuesta como un activismo injustificable o inaceptable? Pensamos que no. El activismo judicial no atenta contra el derecho vigente, sino que lo refuerza en tanto desarrolla la justicia constitucional⁷⁴, cuando actúa contra algunas interpretaciones normativas que pueden causar problemas sociales o individuales, haciendo aplicable el abuso de derecho, ante la existencia de una laguna axiológica⁷⁵. La incapacidad de los tribunales de justicia para hacer justicia se explica desde la imagen excesivamente formalista y estática que se tiene del derecho, lo que conduce a dar centralidad a la interpretación literal de las normas frente a la teleológica y extensiva. El reconocimiento del abuso de derecho permite, en los supuestos de acoso sexual y por razón de sexo, tomar en consideración al interpretar el art. 7.1.2 ciertas circunstancias excepcionales, sobrevenidas *a posteriori* de la creación de la norma o no, para restablecer el equilibrio material del derecho o la equidad del derecho.

Cuando el positivismo reduce el Derecho a un simple conjunto de reglas establecidas por quienes tienen la autoridad para ello, alejan su creación y aplicación de la moral, y especialmente de la justicia. No es que nieguen la relación que existe entre el derecho y la moral, que es innegable, sino que niegan que se pueda hacer un llamamiento a la moral, concretamente a la justicia, cuando se aplica el derecho. Pero en las democracias constitucionales esta separación radical no es posible, la política y la creación del derecho están sometidas al control y al respeto de los derechos fundamentales y a los valores y principios constitucionalmente reconocidos. Además, en el caso concreto de los principios jurídicos, como es el caso de la igualdad y la dignidad, su desarrollo y aplicación, como hemos visto en la jurisprudencia del TC, exige realizar un razonamiento moral. Toda nuestra argumentación nos lleva a la siguiente conclusión: en las democracias constitucionales actuales no es posible defender un concepto de derecho o una concepción del derecho que deje fuera a la moral (derechos humanos).

74. No es mi deseo hacer un enaltecimiento de nuestra constitución, me adhiero a algunas de las críticas que CLAVERO hace sobre ella, en especial cuando analiza la Constitución española de 1978 y las disfunciones existentes en ella entre la ley y la justicia, pero sí pongo en valor interpretativo el derecho como un todo complejo, tal y como expuse al comienzo del trabajo. CLAVERO, B., *España 1978. La amnesia constituyente*, Marcial Pons, 2014, Capítulo II, pp. 69-102.

75. La laguna axiológica se produce cuando en un caso resuelto por las reglas del sistema su solución entra en conflicto con los principios o razones subyacentes a las reglas. Aunque este recurso desarrollado por la doctrina civilista debe ser utilizado con cautela y sólo de forma excepcional, su existencia puede llevar al poder judicial a establecer medidas cautelares para suspender el abuso o prevenir de sus efectos en ocasiones irreversibles. ATIENZA, M., *Podemos hacer más, cit.*, pp. 118-119.

Aceptar la relación que existe entre el desarrollo normativo, político y moral tiene como consecuencia situar a los derechos individuales, en el caso que nos ocupa, los derechos inherentes a la dignidad humana, en especial la efectiva igualdad de mujeres y hombres, en el centro de la creación y de la aplicación del derecho. Por tanto defendemos que es responsabilidad de la ciencia jurídica y de la filosofía del derecho criticar al derecho y/o a quienes lo interpretan, cuando se alejan de tales derechos y valores.

No tomar en consideración, en algunos supuestos de acoso sexual y por razón de sexo, la diferencia sexual supondría, en atención a todo lo argumentado, un alejamiento evidente de los principios y valores que dan sentido a la reivindicación igualitaria de los derechos inherentes a la dignidad humana, así como promover más confusión aún entre el acoso moral y el acoso discriminatorio.

Las críticas a la regulación del acoso en España y la exposición de sus ambigüedades, nos han permitido comprobar cómo desde la teoría jurídica es posible analizar al poder y someterlo a un análisis crítico. Una crítica que nos permite concluir lo siguiente: el contenido complejo que ha adquirido el principio de igualdad y de no discriminación entre mujeres y hombres, en España, hace imprescindible reforzar el enfoque de género en el derecho antidiscriminatorio, si no se desea que esta realidad jurídica se corrompa actuando en contra de su verdadero sentido y significado.

TERCERA LECTURA

Robles Carrillo, M. (2015). *El acoso: Una perspectiva internacional*. Rivas Vallejo, P. y García Valverde, M. D. (Directoras). Caballero Pérez, M. J. y Tomás Jiménez, N. (Coordinadoras). Tratamiento integral del acoso. Navarra, España. Editorial Aranzadi, pp. 205-267.

El ámbito internacional es donde se advierten mejor, y en mayor medida, tanto esos condicionantes característicos del acoso, como las distintas expresiones de este fenómeno poliédrico.

PILAR RIVAS VALLEJO
MARÍA DOLORES GARCÍA VALVERDE
(Directoras)
MARÍA JOSÉ CABALLERO PÉREZ
NATALIA TOMÁS JIMÉNEZ
(Coordinadoras)

TRATAMIENTO INTEGRAL DEL ACOSO

Este libro es una obra de carácter científico y de divulgación que aborda el fenómeno del acoso escolar, un problema que afecta a un número creciente de estudiantes en todo el mundo. El texto ofrece una visión integral del acoso, desde sus causas y consecuencias hasta las estrategias más efectivas para prevenirlo y tratarlo. El libro está dirigido a docentes, padres de familia y autoridades educativas, así como a los propios estudiantes que pueden estar sufriendo este tipo de situaciones. El contenido está basado en la investigación científica más reciente y en la experiencia de los autores en el campo de la psicología educativa y la intervención social. El libro es una herramienta esencial para comprender el acoso y actuar de manera efectiva para eliminarlo de las escuelas.

El libro está publicado por Thomson Reuters Aranzadi, una de las principales editoriales de España. El libro está disponible en formato físico y digital. El precio del libro es de 12,90 euros. El libro es una excelente opción para aquellos que buscan una obra de calidad y de actualidad en el campo de la psicología educativa y la intervención social. El libro es una herramienta esencial para comprender el acoso y actuar de manera efectiva para eliminarlo de las escuelas.

THOMSON REUTERS
ARANZADI

Primera edición, 2015



THOMSON REUTERS PROVIEW™ eBooks
Incluye versión en digital

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2015 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Pilar Rivas Vallejo, María D. García Valverde, María José Caballero Pérez, Natalia Tomás Jiménez y otros]

Editorial Aranzadi, SA

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-9059-841-2

Déposito Legal: NA 36/2015

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, SA

Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL

Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11

31013 - Pamplona

El acoso: una perspectiva internacional

MARGARITA ROBLES CARRILLO

*Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Granada*

SUMARIO: 1. EL ACOSO COMO CATEGORÍA JURÍDICA INTERNACIONAL. 2. EL MODELO ORIGINARIO DE ACOSO. 3. LA TRASLACIÓN DEL MODELO ORIGINARIO A OTRAS MODALIDADES DE ACOSO. 3.1. *El acoso por razón de raza o etnia.* 3.2. *El acoso por motivos religiosos.* 3.3. *El acoso por razón de edad.* 3.4. *El ciberacoso.* 4. LA SUPERACIÓN DEL MODELO TRADICIONAL: LA PERSPECTIVA DE LA INTERSECCIONALIDAD. 5. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN: BIEN JURÍDICO OBJETO DE PROTECCIÓN. 5.1. *La normativa internacional universal.* 5.2. *La normativa internacional regional.* 5.2.1. El modelo regional americano. 5.2.2. El sistema regional africano. 5.2.3. El sistema europeo: el Consejo de Europa. 5.3. *El derecho comparado.* 6. LA DIALÉCTICA NO DISCRIMINACIÓN VERSUS DIGNIDAD. 7. LA PERSPECTIVA DE LA BIPOLARIDAD. 8. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

El acoso constituye una manifestación privilegiada de la riqueza, la diversidad y la complejidad del mundo jurídico y una expresión, también cualificada, tanto de las capacidades como de las limitaciones del derecho como instrumento de ordenación de la vida en una sociedad en constante evolución¹.

Antiguo como la historia de la humanidad², el acoso es objeto de atención social y de interés científico en fechas relativamente recientes. El proce-

1. Como explica VAN DER AA, «the history o anti-stalking legislation is an excelent exem-
ple of globalization in itself» [VAN DER AA, S., «International (Cyber) Stalking: impe-
diments to Investigation and Prosecution», en LETSCHERT, R., y VAN DIJK, J. (eds.):
The New Faces of Victimhood. Studies in Global Justice 8, Springer Science + Business Me-
dia B.V., Tilburg University, Tilburg, 2011, p. 191]. El acoso es también generalmente
reconocido como «a global organizacional phenomenon» (LIU, X. Y., KWAN, H. K., y
CHIU, R., «Customer sexual harassment and frontline employees' services perfoman-
ce in China», *Human Relations*, vol 67, 2014, p. 335).
2. RUBENSTEIN afirma que acoso es un nuevo término que define un viejo problema (In-
forme Rubenstein: *La dignidad de la mujer en el trabajo. Informe sobre el problema del acoso*

so de caracterización y definición de acoso está asociado a algunos nombres propios que han contribuido a la articulación de su concepto como el etólogo Konrad LORENZ, LEYMANN desde la psicología³, HEINEMAN médico o HIRIGOYEN en el terreno de la psiquiatría y el psicoanálisis⁴. Estas aportaciones siguen siendo un referente ineludible no sólo por su incuestionable valor sino, también, porque en esas áreas de conocimiento, por su propio objeto y metodología, se ha podido configurar el concepto de acoso con una mayor celeridad y un mayor grado de consenso, sin que ello suponga obviamente desmerecer a ninguna de esas disciplinas. Generalmente, en esos ámbitos, el acoso aparece como un proceso, situación o patología que puede solaparse o interferir con conceptos o categorías similares pero que no incide en los componentes esenciales de la estructura o del funcionamiento de esas disciplinas⁵.

- sexual en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 1987).
3. LEYMANN, H., «The Content and Development of Mobbing at Work», *European Journal of Work and Organizational Psychology*, vol. 5, núm. 2, 1996, pp. 165-184; LEYMANN, H., «Mobbing and Psychological Terror at Workplaces», *Violence and Victims*, vol. 5, núm. 2, 1990, pp. 119-126. El autor es conocido, además, por haber desarrollado el LIPT (*Leymann Inventory of Psychological Terrorization*) como método para calificar la situación de *mobbing*. Un cuestionario diseñado también a esos efectos en España es la escala Cisneros (FIDALGO, A. M., y PIÑUEL, I., «La escala Cisneros como herramienta de valoración del *mobbing*», *Psicothema*, vol. 16, núm. 4, 2004, pp. 615-624).
 4. Sobre estas contribuciones metajurídicas a la definición del acoso, véanse OLMEDO, M., y GONZÁLEZ, P., «La violencia en el ámbito laboral: la problemática conceptualización del *mobbing*, su evaluación, prevención y tratamiento», *Acción Psicológica*, vol. 4, núm. 2, 2006, pp. 107-128; CARVAJAL OROZCO, J. G., y DÁVILA LONDOÑO, D., «*Mobbing* o acoso laboral. Revisión del tema en Colombia», *Cuadernos de Administración*, Universidad del Valle, vol. 29, núm. 49, 2013, pp. 95-106; ESCOBAR PÉREZ, B., y FERNÁNDEZ, M., «*Mobbing*: acoso moral o psicológico en el trabajo», *Verba Iuris*, vol. 28, 2012, pp. 135-151; PEREIRA, B., «Du harcèlement moral au harcèlement managérial. Les limites de l'objectivation légale», *Revue Française de Gestion*, núm. 2333, 2013, pp. 33-54; EDREIRA, M. J., «Fenomenología del acoso», *Logos. Anales del Seminario de Metafísica*, vol. 36, 2003, pp. 131-151. EDREIRA analiza, en particular, la aportación de HIRIGOYEN que califica de auténtica revolución (*Ibidem*, pp. 145-146).
 5. El acoso se produce en todos los ámbitos de la sociedad, aunque puede variar según el nivel sociocultural y los sectores profesionales, entre los cuales incide especialmente en el terciario, el medicosocial y la enseñanza (EDREIRA, M. J., «Fenomenología del acoso», *loc. cit.*, pp. 134-135). A pesar de la diversidad de definiciones pueden identificarse algunos elementos constitutivos propios de este fenómeno (CARROLL, T., FOUCHER, R., y GOSSELIN, R., «La prévention du harcèlement psychologique au travail: de l'individu à l'organisation», *Gestion 2000*, 2012, pp. 115-130). Véase, asimismo, PEREIRA, B., «Du harcèlement moral au harcèlement managérial. Les limites de l'objectivation légale», *loc. cit.*, pp. 33-54.

En cambio, cuando se ubica en el mundo del derecho, el acoso se introduce en el terreno de sus componentes axiológicos y afecta a algunos de sus componentes estructurales, en gran medida, porque se aborda desde diferentes concepciones, tradiciones y sistemas jurídicos y se manifiesta como una expresión cualificada de esas diferentes aproximaciones al derecho y la ciencia jurídica⁶. La dignidad como valor supremo, los principios de igualdad y no discriminación, la integridad, la intimidad, junto con otros derechos y libertades de la persona, se encuentran entre los bienes jurídicos protegidos cuando se actúa frente al acoso desde el Derecho Penal, social o laboral, constitucional e internacional o, simultáneamente, desde varios sectores del ordenamiento jurídico. A pesar de ello o quizás precisamente a causa de ello, no hay en la ciencia jurídica un concepto único y común o generalmente aceptado de acoso⁷. No hay en términos jurídicos una tipificación única o mayoritariamente uniforme⁸. No hay, incluso, una única expresión aceptada para definirlo⁹. No hay, por ahora, en el derecho un nombre propio, como los de aquellas otras disciplinas, que haya ofrecido una versión definitiva o cuasi-definitiva de esta categoría. Por ello y a pesar de las numerosas y valiosas contribuciones científicas existentes en la materia, es un concepto en continuo proceso de definición.

En el ámbito internacional es donde se advierten mejor, y en mayor medida, tanto esos condicionantes característicos del acoso, como las distintas expresiones de este fenómeno poliédrico. En primer lugar, las normas de ordenamiento jurídico internacional en sí mismas son prueba de ello, tanto cuando se regula materialmente el acoso desde distintos sectores de dicho ordenamiento, como cuando se aborda institucionalmente en el marco universal y en los distintos sistemas regionales¹⁰. En segundo lugar, la aplicación de esas normas interna-

6. Véase HUSBANDS, R., «Sexual harassment law in employment: An International perspective», *International Labour Review*, vol. 131, núm. 6, 1992, pp. 535-559.
7. VAN DER AA, S., «International (Cyber) Stalking: impediments to Investigation and Prosecution», *loc. cit.*, pp. 192-193. Véase, asimismo, CORREA CARRASCO, M., *Acoso moral en el trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.
8. Hay Estados en los que no existe una definición formal de acoso sexual. En China, más de una decena de ciudades han desarrollado su propio concepto en el marco de sus leyes locales y hay diferencias considerables entre esas definiciones «because there are many Chinese dialects and sub-cultures, and no single agreed-upon term for sexual harassment» (LIU, X. Y., KWAN, H. K., y CHIU, R., «Customer sexual harassment and frontline employees' services performance in China», *loc. cit.*, p. 335). El resultado es que «the lack of a consistent definition in China may increase the ambiguous and stressful nature of harassment situations» (*Ibidem*).
9. LIPPEL, K., «The Law of Workplace Bullying: An International Overview», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 32, 2010-2011, pp. 1 y ss.
10. El acoso es un fenómeno universal que existe en todos los países y culturas «although its perceptions and judgment, and consequently definitions, significantly differ from

cionales en los ordenamientos jurídicos internos y la comparación entre ellos permiten calibrar en su justa medida, identificando y valorando, las diferencias existentes entre esos distintos ordenamientos en materia de acoso¹¹.

El estudio del acoso en el ordenamiento jurídico internacional puede realizarse por una doble vía: la explicación de las normas generadas a nivel universal fundamentalmente en el marco del sistema de Naciones Unidas y a nivel regional, en particular, a través de los mecanismos desarrollados en materia de protección de los derechos humanos¹²; o bien, otra opción, el recurso a la normativa internacional y al derecho comparado para analizar el acoso como categoría jurídica precisamente por su capacidad para visibilizar y contrastar las diferentes manifestaciones de ese fenómeno jurídico en el marco internacional y en el interno¹³. Esta aproximación al acoso permite apreciar que su articulación normativa responde a criterios jurídicos propios de los derechos nacionales y se ajusta a parámetros no siempre y necesariamente coincidentes de manera que «según el tipo de marco utilizado, las víctimas de acoso pueden obtener resultados muy distintos»¹⁴, por la calificación misma del problema, los procedimientos, el sistema de responsabilidad o las sanciones y reparaciones.

-
- one culture to another» (BARAK, A., «Sexual Harassment on the Internet», *Social Science Computer Review*, vol. 23, núm. 1, 2005, p. 78).
11. Sobre esas diferencias, con análisis comparados por países, pueden verse en HUSBANDS, R., «Sexual harassment law in employment: An International perspective», *loc. cit.*, pp. 535-559; VAN DER AA, S., «International (Cyber) Stalking: impediments to Investigation and Prosecution», *loc. cit.*, pp. 196-211; EBERHARD-HODGES, J., «Jurisprudencia reciente sobre acoso en el trabajo», *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 115, núm. 5, 1996, pp. 543-581; LEROUGE, L., y HÉBERT, C., «The Law of Workplace Harassment of the United States, France, and the European Union: Comparative Analysis after the Adoption of France's New Sexual Harassment Law», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 35, 2013-2014, pp. 93-122; SÁNCHEZ PÉREZ, J., «El acoso moral en el trabajo: una perspectiva global de derecho comparado desde distintos continentes», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 35, 2012, pp. 345-374.
 12. Sobre la normativa internacional en materia de acoso pueden verse EBERHARD-HODGES, J., «Jurisprudencia reciente sobre acoso en el trabajo», *loc. cit.*, pp. 543-581; CORREA CARRASCO, M., y VALDÉS DE LA VEGA, B. (Coords.), *Los medios de tutela frente al acoso moral en el trabajo*, Ed. Comares, Granada, 2007; DE VICENTE PACHÉS, F., «El acoso sexual y el acoso por razón de sexo desde la perspectiva del Derecho Internacional y el Derecho comunitario europeo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 67, 2007, pp. 83-120.
 13. Como explica HUSBANDS, la protección contra el acoso «is accorded under equal opportunity law, labour law, tort law or criminal law. A number of countries have overlapping coverage, with protection afforded by two or more categories of law» (HUSBANDS, R., «Sexual harassment law in employment: An International perspective», *loc. cit.*, p. 546).
 14. EBERHARD-HODGES, J., «Jurisprudencia reciente sobre acoso en el trabajo», *loc. cit.*, pp. 572 y ss.

Desde esta perspectiva, en el marco internacional y comparado, el acoso opera dentro de unos parámetros singulares necesarios para su comprensión como categoría jurídica (apartado 1), cuyo conocimiento es el presupuesto previo para abordar los dos problemas principales que plantea el acoso: el objeto o ámbito material y el bien jurídico protegido o su finalidad. No se trata de cuestiones concretas sino, en realidad, de dos núcleos de problemas que marcan el origen y la evolución previsible del acoso como categoría jurídica.

El discurso sobre el acoso plantea, en primer término, el problema de la determinación de su objeto. El sexo y el género son el ámbito material originario del concepto de acoso, que lógicamente está condicionado por ese objeto sobre el que se construye el modelo (apartado 2). Una vez concebido, jurídicamente, como una acción contraria a los principios de igualdad y no discriminación y, en el plano metajurídico, como una expresión de dominación, no es extraño que se incorporen al ámbito material del acoso otras causas de discriminación distintas del sexo y/o el género y expresivas de sistemas o modelos de dominación de otra naturaleza. Como consecuencia de ello, el acoso asume un nuevo y más amplio contenido material resultante de la identificación y progresiva incorporación de nuevos motivos de discriminación y, en su caso, generalmente, también, de dominación no vinculados al sexo o al género. Esa operación se realiza mediante la traslación del modelo originario sexo-género a estas otras modalidades de acoso resultantes de otras motivaciones materiales lo que conduce, necesariamente, a ciertas disfunciones en su aplicación respecto de los ámbitos donde se ha trasplantado y a un insuficiente reconocimiento de la especificidad del modelo original de acoso (apartado 3). Esos motivos de acoso, además, no se manifiestan siempre y necesariamente por separado, sino que se pueden adicionar y combinar entre ellos acreciendo y multiplicando las causas y los efectos del acoso. Por ello, el tercer ámbito de problemas dentro del paradigma material concierne a la necesidad de superar el modelo tradicional unidireccional de acoso y sustituirlo, cuando es preciso, por un modelo pluralista o interseccional (apartado 4).

El discurso sobre el acoso plantea un segundo núcleo de problemas en torno a la determinación del bien jurídico protegido, siendo ésta una operación en la que el protagonismo inicial reconocido al principio de no discriminación (apartado 5) va a dar paso progresivamente a la dialéctica «no discriminación *versus* dignidad» (apartado 6) para llegar, por último, a la denominada perspectiva de la bipolaridad (apartado 7).

En esta secuencia, desde el punto de vista material, el acoso evoluciona a partir del modelo originario centrado en el motivo sexual hasta el nuevo paradigma de la interseccionalidad y, atendiendo al bien jurídico protegido, progresa desde su calificación como una acción contraria al principio de no

discriminación hasta su calificación como una conducta pluriofensiva consagrada jurídicamente desde la perspectiva bipolar que incorpora también el concepto de dignidad.

1. EL ACOSO COMO CATEGORÍA JURÍDICA INTERNACIONAL

El acoso, como problema social¹⁵, es tipificado en el ordenamiento jurídico interno de los Estados y en las normas de derecho internacional que ofrecen versiones lógicamente similares aunque con diferencias apreciables y, desde luego, suficientemente relevantes para concluir que se encuentra aún en proceso de definición como categoría jurídica¹⁶.

La articulación de un concepto de acoso como categoría genérica constituye un desafío para la ciencia jurídica internacionalista por varios motivos. En primer lugar, la definición jurídica, aunque ha de responder a la realidad de este fenómeno y puede estar influida por su conceptualización en el marco de otras disciplinas¹⁷, debe ser diferente y ha de ser diferenciada de esas otras definiciones que no han de interferir en o confundirse con el diseño jurídico del acoso¹⁸. En segundo lugar, la construcción de este concepto a partir del acoso sexual y su traslación posterior a otras modalidades materiales de acoso¹⁹ plantea los problemas lógicos derivados del hecho de haber creado un modelo

15. Siguiendo a la doctrina, los tres requisitos para ser calificado como problema social son: «En primer lugar, es preciso identificar a los grupos sociales que definen su existencia y mantienen un interés especial en su resolución. En segundo lugar, tiene que existir un amplio consenso entre los miembros de la sociedad al señalarlo como problema social, y se le ha de reconocer como una cuestión pública y no privada. Finalmente, se deben evidenciar una serie de valores perjudicados por su presencia» (PÉREZ GUARDO, R., «Las limitaciones en la cuantificación del acoso en España», *Athenea Digital*, vol. 12, núm. 2, 2012, p. 200).
16. Para una comparación de los diversos conceptos de acoso en la doctrina, las normas internas e internacionales, véase PÉREZ GUARDO, R., «Las limitaciones en la cuantificación del acoso en España», *loc. cit.*, pp. 201 y ss.
17. En efecto, «legal definitions do not exist for the purpose of validating scientific concepts, but rather for the purpose of regulating behaviour» (LIPPEL, K., «The Law of Workplace Bullying: An International Overview», *loc. cit.*, p. 3). Sobre la definición del acoso en otras disciplinas, véase MEDEIROS DE OLIVEIRA, F. P., *El acoso laboral*, Tesis doctoral, Universidad de Valencia, Valencia, 2005, pp. 59 y ss.
18. LEROUGE, L., «Moral Harassment in the Workplace: French Law and European Perspectives», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 32, 2010-2011, p. 110; PEREIRA, B., «Du harcèlement moral au harcèlement managérial. Les limites de l'objectivation légale», *loc. cit.*, pp. 33-54.
19. Sobre la traslación del modelo de acoso sexual al acoso racial, véase CHEW, P. K., «Freeing Racial from the Sexual Harassment Model», *Oregon Law Review*, vol. 85, núm. 3, 2006, pp. 615-647.

las percepciones y vivencias personales de los afectados, como las interacciones sociales que las producen»²³. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) rechaza la consideración del acoso como un conflicto subjetivo porque considera que «la violencia en el lugar de trabajo no obedece únicamente a factores personales, sino que deriva de una combinación de causas relativas a las personas, al medio ambiente o entorno laboral, a las condiciones organizativas y contractuales del trabajo, así como a las formas de interacción entre los propios trabajadores, entre los clientes y los trabajadores, y entre éstos y los empresarios»²⁴.

En cuanto a su contenido esencial, el acoso se construye identificando ciertos elementos constitutivos y accesorios, pero no ha habido, ni existe aún, un consenso definitivo generalizado sobre los mismos en aspectos básicos como el bien jurídico protegido, la exigencia o no de intencionalidad por parte del autor, la eventual apreciación de la actitud de la víctima, la frecuencia, la intensidad y la gravedad de las conductas o la producción del daño. Hay, en este sentido, una considerable dispersión normativa, científica y doctrinal.

Para terminar, la terminología sobre el fenómeno del acoso se ha diversificado hasta el extremo de atribuir una denominación propia a cada una de sus manifestaciones²⁵, destinatarios y objetivos²⁶, creando una tipología crecientemente compleja²⁷. En el acoso confluyen «una multiplicidad de conceptos para situaciones similares, pero que difieren por su forma, duración, percepción e impacto»²⁸. Ello se explica, según LIPPEL, «both because of the disciplinary

23. La idea de que era un conflicto subjetivo «que encontraba causa en los rasgos de la personalidad del acosador y acosado, lo que ha hecho que dicho conflicto fuera considerado como un problema individual sobre el cual resultaba muy difícil intervenir» (MEDEIROS DE OLIVEIRA, F. P., *op. cit.*, pp. 54-55).
24. MEDEIROS DE OLIVEIRA, F. P., *op. cit.*, p. 55.
25. Sobre las distintas modalidades y categorías de acoso y su diferenciación respecto de figuras afines, véanse ESCOBAR PÉREZ, B., y FERNÁNDEZ, M., «*Mobbing*: acoso moral o psicológico en el trabajo», *loc. cit.*, pp. 135-151.
26. Sobre el caso del acoso en los regímenes no democráticos con fines políticos, véanse VONDOEPP, P., y YOUNG, D. J., «Assaults on the Fourth Estate: Explaining Media Harassment in Africa», *The Journal of Politics*, vol. 75, núm. 1, 2013, pp. 36-51; AMAR, P., «Turning the Gendered Politics of the Security State Inside Out? Charging the Police with Sexual Harassment in Egypt», *International Feminist Journal of Politics*, vol. 13, núm. 3, 2011, pp. 299-328; SKALLI, L. H., «Young women and social media against sexual harassment in North Africa», *The Journal of North African Studies*, vol. 19, núm. 2, 2014, pp. 244-258.
27. MEDEIROS DE OLIVEIRA, F. P., *op. cit.*, pp. 143-150.
28. ACEVEDO, D., BIAGGIL, Y., y BORGES, G., «Violencia de género en el trabajo: acoso laboral y hostigamiento laboral», *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, vol. 14, núm. 32, 2009, pp. 164-172. Sobre el problema de la terminología véanse OLMEDO, M., y GONZÁLEZ, P., «La violencia en el ámbito laboral: la problemática conceptualización del *mobbing*, su evaluación, prevención y tratamiento», *loc. cit.*, pp. 107-128; CARVAJAL

differences but also because of geo-cultural differences»²⁹. El acoso es una especie de concepto horizonte donde las formas y conceptos aparecen múltiples y complejos lo que se traduce en «una ambigüedad conceptual que puede obstaculizar la normatización y la legislación»³⁰.

2. EL MODELO ORIGINARIO DE ACOSO

El modelo originario de acoso en derecho interno e internacional es el modelo de acoso sexual. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW), en su Recomendación núm. 19 sobre la violencia contra la mujer de 1992, reconoce el fenómeno del hostigamiento sexual como una forma de violencia y de discriminación³¹. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, adoptada en 1994³², se refiere concretamente en el art. 2 al acoso sexual en el lugar de trabajo, en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar. La protección frente a la violencia sexual es también un objetivo prioritario del Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los Derechos de las Mujeres de 2003. El acoso sexual es objeto de una tipificación expresa en el art. 40 de la Convención Europea sobre la Prevención y la Lucha contra la Violencia hacia la Mujer diferente del tipo de acoso general regulado en el art. 34 de dicho Convenio. La normativa internacional reproduce la secuencia seguida por el acoso en los ordenamientos jurídicos internos.

Siguiendo a HUSBANDS, el acoso sexual en su formulación actual surge mediada la década de los años setenta del pasado siglo en Estados Unidos

OROZCO, J. G., y DÁVILA LONDOÑO, D., «Mobbing o acoso laboral. Revisión del tema en Colombia», *loc. cit.*, pp. 95-106.

29. LIPPEL, K., «The Law of Workplace Bullying: An International Overview», *loc. cit.*, p. 1. Véase, asimismo, LIU, X. Y., KWAN, H. K., y CHIU, R., «Customer sexual harassment and frontline employees' services performance in China», *loc. cit.*, pp. 333-356.

30. ACEVEDO, D., BIAGGIL, Y., y BORGES, G., «Violencia de género en el trabajo: acoso laboral y hostigamiento laboral», *loc. cit.*, p. 167.

31. Según el Comité, «el hostigamiento sexual incluye conductas de tono sexual tal como contactos físicos e insinuaciones, observaciones de tipo sexual, exhibición de pornografía y exigencias sexuales, ya sean verbales o de hecho. Ese tipo de conducta puede ser humillante y puede constituir un problema de salud y de seguridad; es discriminatoria cuando la mujer tiene motivos suficientes para creer que su negativa le podría causar problemas en relación con su trabajo, incluso con la contratación o el ascenso, o cuando crea un medio de trabajo hostil».

32. BUSTAMANTE ARANGO, D. M., y VÁSQUEZ HENAO, P., «La Convención Belem do Pará: un balance de su aplicación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, a 16 años de su entrada en vigor», *Civilizar*, vol. 20, núm. 11, enero-junio 2011, p. 30.

por la combinación de una triple circunstancia: el avance de los movimientos feministas en los países industrializados, la incorporación creciente de la mujer al trabajo y las primeras decisiones judiciales reconociendo el acoso sexual como un asunto público y legalmente prohibido³³. Catharine MACKINNON³⁴ y Lin FARLEY³⁵ son reconocidas protagonistas en el proceso de reconocimiento legal de este fenómeno.

La mayoría de la doctrina ubica su origen en el desarrollo de la legislación estadounidense en materia de derechos civiles a través de la jurisprudencia basada en el Título VII de la *Civil Rights Act* de 1964³⁶ y en las iniciativas realizadas en el marco del proceso de construcción europea sobre la base del principio de no discriminación como componente estructural de este sistema inscrito ya desde sus inicios en sus Tratados constitutivos³⁷. Con ese punto de partida, el acoso sexual designa hoy un aluvión de conceptos que no sólo produce confusión, sino que incluso «hace olvidar la utilización primigenia de la expresión y, sobre todo, la teorización que acompaña a la misma»³⁸.

El acoso sexual puede clasificarse en categorías atendiendo a diferentes variables. Por su intensidad y sus efectos, se distingue entre un acoso sexual *easy*, *intermediate* y *hard*. Siguiendo a FRANKS, «the ease cases are those covered straightforwardly by classical sexual harassment doctrine. The action and the effects of the harassment occur in the same protected setting. The intermediate cases involve off-site harassing action but with targets and harassers strongly

33. HUSBANDS, R., «Sexual harassment law in employment: An International perspective», *loc. cit.*, pp. 535-536.
34. Catherine MACKINNON es autora del libro *Sexual Harassment of Working Women, a Case of Sex Discrimination* (CHEW, P. K., y KELLEY, R. E., «Unwrapping Racial Harassment Law», *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, vol. 27, 2006, p. 65). Véase asimismo FRANKS, M. A., «Sexual Harassment 2.0», *Maryland Law Review*, vol. 71, núm. 3, 2012, p. 663.
35. Lin FARLEY se encuentra entre las fundadoras del grupo Working Women United (WWU) en 1975 y es autora del libro *Sexual Shakedown* (SCHULTZ, V., «Reconceptualizing Sexual Harassment», *The Yale Law Journal*, vol. 107, 1998, pp. 1699 y ss.).
36. Sobre esta evolución, véanse LEROUGE, L., y HÉBERT, C., «The Law of Workplace Harassment of the United States, France, and the European Union: Comparative Analysis after the Adoption of France's New Sexual Harassment Law», *loc. cit.*, pp. 97 y ss.
37. EBERHARD-HODGES, J., «Jurisprudencia reciente sobre acoso en el trabajo», *loc. cit.*, pp. 543 y ss. La normativa europea en materia de no discriminación es anterior y remontan a la década de los años setenta. Véase, al respecto, ANAGNOSTOU, D., y MILLNS, S., «Gender Equality, Legal Mobilization, and Feminism in a Multilevel European System», *Canadian Journal of Law and Society*, vol. 28, núm. 2, 2013, pp. 115-131.
38. BARRÈRE UNZUETA, M. A., «El acoso sexual: una mirada a sus orígenes y a su evolución en la Unión Europea», en GIL RUIZ, J. M. (Coord.), *Acoso sexual y acoso por razón de sexo: actuación de las administraciones públicas y de las empresas*, Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2013, p. 17.

connected to the protected setting». Finalmente, «the hard cases are of two types. In the first, the harassing activity takes place in an unprotected setting but produces effects in protected settings. Unlike in intermediate cases, the harassers in such cases have no know connection to the protected setting. In the second type of hard cases, both the harassing activity and its harmful effects occur in unprotected settings»³⁹. Por su naturaleza y alcance, el acoso sexual ha generado dos modelos distintos: el llamado *quid pro quo* y el acoso ambiental⁴⁰. El acoso sexual se distingue del acoso por razón de sexo como categorías diferenciadas⁴¹. BARAK prefiere establecer tres conceptos: «gender harassment, unwanted sexual attention and sexual coercion»⁴².

El paradigma dominante sigue siendo el acoso sexual en sentido estricto⁴³. Pero, como advierte SCHULTZ, el problema estriba en que «by focussing on sexual advances as the quintessential harassment, the paradigm encourages courts to extend protection to women for the wrong reasons. Rather than emphasizing the use of harassment law to promote women's empowerment and equality as workers, it subtly appeals to judges to protect women's sexual virtues or sensibilities». En su opinión, «this sexual paternalism is deeply conservative; its benefits are limited to women imagined to possess the sexual purity that renders them deserving of protection»⁴⁴. Como consecuencia de ello, en la evolución de la jurisprudencia americana, SCHULTZ constata que «Highlighting sexual abuse has allowed judges to feel enlightened about protecting women from sexual violation while relieving them of the responsibility to redress broader gender-based forms of disadvantage at work»⁴⁵.

39. FRANKS, M. A., «Sexual Harassment 2.0», *loc. cit.*, pp. 671-672.

40. Con el tiempo, el acoso sexual muestra una doble vertiente: el acoso ambiental y el chantaje sexual. Véanse PÉREZ GUARDO, R., «Las limitaciones en la cuantificación del acoso en España», *loc. cit.*, p. 205; HUSBANDS, R., «Sexual harassment law in employment: An International perspective», *loc. cit.*, p. 541; LEROUGE, L., y HÉBERT, C., «The Law of Workplace Harassment of the United States, France, and the European Union: Comparative Analysis after the Adoption of France's New Sexual Harassment Law», *loc. cit.*, pp. 106-109; FRANKS, M. A., «Sexual Harassment 2.0», *loc. cit.*, p. 663; SCHULTZ, V., «Reconceptualizing Sexual Harassment», *loc. cit.*, pp. 1686-1687.

41. VALLEJO DACOSTA, R., «Acoso sexual y acoso por razón de sexo: riesgos de especial incidencia en la mujer trabajadora», *loc. cit.*, p. 62.

42. BARAK, A., «Sexual Harassment on the Internet», *loc. cit.*, p. 78.

43. SCHULTZ argumenta, al respecto, que «this sexual desire-dominance paradigm governs our understanding of harassment. Its influence is reflected in the very fact that the category is referred to as *sexual* harassment rather than, for example, gender-based or sex-based harassment» (SCHULTZ, V., «Reconceptualizing Sexual Harassment», *loc. cit.*, pp. 1692 y ss.).

44. SCHULTZ, V., «Reconceptualizing Sexual Harassment», *loc. cit.*, p. 1729.

45. SCHULTZ, V., «Reconceptualizing Sexual Harassment», *loc. cit.*, p. 1748.

La necesidad de un cambio de paradigma o de la superación de ese paradigma sexual dominante se justifica por tres motivos de naturaleza estructural y por dos razones de carácter coyuntural. Éstas son:

1) El reconocimiento de la doble dimensión, individual y grupal, de esa modalidad de acoso. Como explica BARRÈRE, «el acoso sexual es un fenómeno grupal. Primero porque se sufre por la pertenencia a un grupo (mujeres), pero también porque el efecto del acoso sexual es el debilitamiento de la posición social de ese grupo y, en consecuencia, de los individuos que pertenecen al mismo. De este modo, el acoso discriminatorio no sólo afecta a las personas que son objeto del comportamiento en cuestión, sino que presenta también una dimensión colectiva»⁴⁶. Desde esa perspectiva, el acoso sexual a una mujer y a un hombre es diferente porque sólo en el primer caso responde a un planteamiento grupal y sistémico mientras que en el segundo tiene una afectación individual y no sistémica porque afecta a la persona pero no perpetúa su subordinación⁴⁷.

2) La ampliación de los objetivos del acoso sexual porque inicialmente es una práctica de quien utiliza su posición económica y sus recursos para asegurarse el acceso sexual con mujeres a las que de otro modo no podría aspirar, pero, después, en un nuevo escenario y sobre todo en trabajos no tradicionales, puede tener la finalidad de mantener a la mujer excluida o al margen de ese tipo de ocupaciones⁴⁸, mientras que en trabajos tradicionales busca conservar su posición de subordinación⁴⁹. El acoso sexual es una forma de «perpetuar la desigualdad económica, relacionada con la desigualdad de poder, de influencia y de representación política»⁵⁰. Según SCHULTZ, «Work and workplace relations are active shapers of gender difference and identity,

46. BARRÈRE UNZUETA, M. A., «El acoso sexual: una mirada a sus orígenes y a su evolución en la Unión Europea», *loc. cit.*, pp. 22-23.

47. BARRÈRE UNZUETA, M. A., «El acoso sexual: una mirada a sus orígenes y a su evolución en la Unión Europea», *loc. cit.*, p. 13.

48. Así, «prior research provides evidence that men and women resist the effect of sexual harassment law's enforcement, but their different structural locations in the gender status hierarchy lead men to have an interest in preserving their higher status and women to have an interest in avoiding further loss to their status position» (TINKLER, J. E., «Resisting the Enforcement of Sexual Harassment Law», *Law & Social Inquiry*, vol. 37, núm. 1, 2012, p. 4). Según SCHULTZ, «Harassment has the form and function of denigrating women's competence for the purpose of keeping them away from male-dominated jobs or incorporating them as inferior, less capable workers» (SCHULTZ, V., «Reconceptualizing Sexual Harassment», *loc. cit.*, p. 1755).

49. BARRÈRE UNZUETA, M. A., «El acoso sexual: una mirada a sus orígenes y a su evolución en la Unión Europea», *loc. cit.*, pp. 27-28.

50. VALLEJO DACOSTA, R., «Acoso sexual y acoso por razón de sexo: riesgos de especial incidencia en la mujer trabajadora», *loc. cit.*, p. 57.

and harassment is a central mechanism through which men preserve their work and skill as domains of masculine mastery»⁵¹. Para BARAK, una de las razones que explica el riesgo de acoso sexual en el ciberespacio es que se trata de una cultura caracterizada por «dominant masculine values and aggressive communications»⁵².

La necesidad de un cambio de paradigma se justifica, asimismo y sobre todo, por razones estructurales. En primer lugar, en la medida en que el paradigma sexual dominante propicia un cierto paternalismo⁵³ y, además, eclipsa gran parte de los problemas de la mujer en el mundo laboral⁵⁴, es necesario «to reconceptualize hostile work environment harassment to acknowledge its crucial connection to job segregation by sex»⁵⁵. Schultz plantea como alternativa el llamado «competence-centered paradigm», que considera el acoso como «a means to reclaim favored lines of work and work competente as masculine-identified turf in the face of a threat posed by the presence of women (or lesser men) who seek to claim these prerogatives as their own»⁵⁶. En su opinión, «Harassment is thus both a cause and a consequence of larger forms of gender-based stratification of work, such as job segregation by sex and the accompanying wage and status inequalities»⁵⁷.

En segundo lugar, el cambio de paradigma es preciso porque la doctrina clásica sobre el acoso sexual se ha desarrollado en torno a dos ejes: el espacial y el relacional. Como explica Franks, «The spatial dimension is the *where* of sexual harassment, that is, the protected space in which individuals have a right not to be sexually harassed. The relational dimension is the *who* of sexual harassment, that

51. SCHULTZ, V., «Reconceptualizing Sexual Harassment», *loc. cit.*, p. 1761.

52. BARAK, A., «Sexual Harassment on the Internet», *loc. cit.*, p. 83.

53. Para SCHULTZ, «the sexual desire-dominance paradigma enables a paternalism that excludes many women who do not comport with the image of the proper victim in need of sexual protection» (SCHULTZ, V., «Reconceptualizing Sexual Harassment», *loc. cit.*, p. 1789). Véase, asimismo, CROCKER, D., «Criminalizing Harassment and the Transformative Potential of Law», *Canadian Journal of Women & Law*, vol. 20, 2008, pp. 87-110.

54. Schultz, V., «Reconceptualizing Sexual Harassment», *loc. cit.*, p. 1774.

55. SCHULTZ, V., «Reconceptualizing Sexual Harassment», *loc. cit.*, p. 1762.

56. SCHULTZ, V., «Reconceptualizing Sexual Harassment», *loc. cit.*, p. 1755. En su opinión, «where sexual misconduct occurs, it is typically part of a broader pattern of harassment designed to reinforce gender difference and to claim work competente and authority as masculine preserves» (*Ibidem*, p. 1759).

57. SCHULTZ, V., «Reconceptualizing Sexual Harassment», *loc. cit.*, p. 1797. Como explica SKALLI, «there is a consensus among scholars and activists that sexual harassment is a *gendered expresión of power*». En su opinión, «conceptualising sexual harassment as a form of gender-based violence is important since it allow us to identify broader patriarchal structures that normalise *power over* women, in the sense of control and domination» (SKALLI, I. H., «Young women and social media against sexual harassment in North Africa», *loc. cit.*, p. 247).

is, whose behavior it properly addresses. The paradigmatic sexual harassment scenario involves a specific space –the workplace– and a specific relationship –superior-subordinate–»⁵⁸. Esos parámetros se encuentran superados por una realidad en la que ninguno de esos ejes resulta determinante en la calificación del acoso.

En tercer lugar, el cambio de paradigma se justifica porque, en el proceso de traslación de este modelo originario a otras modalidades de acoso, no sólo se han obviado las características diferenciadas de los demás motivos, sino que también se ha infravalorado la propia singularidad del acoso sexual⁵⁹. En este sentido, las diferencias se aprecian, particularmente, en la cuestión de la no aceptación del comportamiento constitutivo de acoso sexual, que no se discute en relación con otros motivos⁶⁰, en la doble dimensión individual y grupal del acoso sexual⁶¹, en la búsqueda de una mayor o menor privacidad⁶² o en el recurso a sistemas alternativos de solución de conflictos en materia laboral. En este punto, por una parte, los argumentos utilizados para justificar el recurso a la mediación en el acoso sexual⁶³

58. FRANKS, M. A., «Sexual Harassment 2.0», *loc. cit.*, p. 661.

59. En cuanto al acoso moral y sexual, «la mayoría de los expertos considera que son dos cosas radicalmente diferentes. Pero el acoso sexual se puede usar como instrumento para el acoso moral, puede ser un paso más del acoso moral» (EDREIRA, M. J., «Fenomenología del acoso», *loc. cit.*, p. 146).

60. En efecto, «the issue of the welcomeness of harassing behaviour is rarely litigated with respect to other types of discriminatory harassing conduct. Curiously, the courts generally have no difficulty concluding that racially or ethnically demeaning conduct is presumptively –or even conclusively– unwelcome, but they have often had difficulty recognizing that sexually denigrating conduct –including gender slurs and hostile gender-related conduct– is also unlikely to have been welcomed by the target of that conduct» (LEROUGE, L., y HÉBERT, C., «The Law of Workplace Harassment of the United States, France, and the European Union: Comparative Analysis after the Adoption of France's New Sexual Harassment Law», *loc. cit.*, pp. 108-109).

61. Así, «Unlike forms of discrimination in which the perpetrator subjects a victim to biased or hostile treatment easily identified as group or identity based, perpetrators of sexual harassment usually target a single victim for individualized discriminatory treatment. It is here that one significant difference between sexual harassment and other forms of discrimination rests» (...) «sexual harassment, although group based, is a uniquely isolating experience for victims» (HIPPENSTEELE, S. K., «Mediation Ideology: Navigating Space from Mith to Reality in Sexual Harassment Dispute Resolution», *Journal of Gender, Social Policy & The Law*, vol. 15, 2006-2007, pp. 64-65).

62. De este modo, «Unlike victims of other forms of protected class discrimination, victims of sexual harassment were generally reticent to discuss their experiences publicly» (HIPPENSTEELE, S. K., «Mediation Ideology: Navigating Space from Mith to Reality in Sexual Harassment Dispute Resolution», *loc. cit.*, p. 49).

63. Las razones que se argumentan para avalar el recurso a la mediación, sistematizadas por HIPPENSTEELE, son: «1) sexual harassment is a uniquely sensitive problema and resolving claims require attention to the emocional aspects of the situation; 2) victims of sexual harassment want/need to preserve their privacy and avoid the stress of formal, adversarial proceedings; 3) sexual harassment victims want/need to personally

sólo valen para las víctimas de ese tipo de acoso, pero no para víctimas de otros tipos⁶⁴. Pero, por otra parte, hay argumentos suficientemente válidos para rechazar el uso de estos medios alternativos en los casos de acoso sexual⁶⁵. El recurso a estos métodos conduce a una especie de reprivatización del acoso sexual y no garantiza una justicia substancial⁶⁶. No ocurre igual, necesariamente, por ejemplo, con el acoso racial donde el recurso a medios alternativos, sin estar exento de ellos⁶⁷, no plantea los mismos problemas⁶⁸.

confront the harasser; 4) sexual harassment is an inherently subjective and ambiguous phenomenon; and 5) formal complaint adjudication disadvantages victims of sexual harassment» (HIPPENSTEELE, S. K., «Mediation Ideology: Navigating Space from Mith to Reality in Sexual Harassment Dispute Resolution», *loc. cit.*, pp. 51-52).

64. HIPPENSTEELE, S. K., «Mediation Ideology: Navigating Space from Mith to Reality in Sexual Harassment Dispute Resolution», *loc. cit.*, pp. 52-53.

65. Los argumentos de HIPPENSTEELE para rechazar el recurso a la mediación son contundentes. La idea de que las víctimas quieren defender su privacidad y huir de procedimientos formales, insistiendo en las bondades de la confidencialidad de la mediación, implica, además de protección de las víctimas, una cierta re-privatización de la ofensa y la ausencia de una *public vindication* ante un tercero garante imparcial que constituye un elemento clave en la solución del problema restableciendo la credibilidad de la víctima y reconociendo la culpabilidad del acosador (HIPPENSTEELE, S. K., «Mediation Ideology: Navigating Space from Mith to Reality in Sexual Harassment Dispute Resolution», *loc. cit.*, pp. 58-599). La idea de que la víctima necesita enfrentar al acosador no es defendible en la medida en que la posición que ocupan no es igual y estarían mediando sobre cuestiones que no son en absoluto negociables, de manera que ese enfrentamiento cara a cara incrementaría la vulnerabilidad y victimizaría doblemente a la víctima.

66. HIPPENSTEELE, S. K., «Mediation Ideology: Navigating Space from Mith to Reality in Sexual Harassment Dispute Resolution», *loc. cit.*, p. 46.

67. Como explican HOEL y EINARSEN, «First, the strong belief that incidents of bullying and indeed victimization can be resolved by means of dialogue and consensus seems somewhat unrealistic and to some extent ignore any issue of rights and wrongs in cases of bullying. Second, and related to the previous point, there is strong belief in a problem-solving approach and in the ability to trace the causes of the problem to the work environment in terms of problems with working methods, work-allocation, and communication, etc., strongly reflecting Leymann's and von Schéele's view that bullying is fundamentally a reflection of work environment inadequacies. Third, no attention is paid to the right of victims to have their case heard and the employer's responsibility in this matter in investigating the facts of a case. Fourth, the regulation takes a non-punitive approach, with little or no attention paid to potential sanctions against perpetrators or against those whose behavior and action breach the regulation. Fifth, and related to the previous point, using transfers of victims to alternative duties, to prevent further attack or repeat victimization, must be considered a declaration of failure and an abdication of responsibility on the part of managers as well as a breach of their duty of care toward employees» (HOEL, H., y EINARSEN, S., «The Swedish Ordinance against Victimization at Work: A Critical Assessment», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 32, 2010-2011, pp. 234-235).

68. CHEW, P. K., y KELLEY, R. E., «Unwrapping Racial Harassment Law», *loc. cit.*, pp. 61-63.

En cualquier caso, la dominancia del modelo de acoso sexual se justifica en buena medida por la falta de análisis, estudios y, también, por el menor interés o preocupación social por otras modalidades de acoso y por la mayor visibilidad pública y mediática del acoso sexual y se traduce en la configuración de un modelo monolítico de acoso discriminatorio en el trabajo que es el modelo creado para el acoso sexual⁶⁹. Pero, en realidad, como explica HIPPENSTEELE, «In certain respects, sets of practices that discriminate against particular groups of people are unique from one another. Few would argue that discrimination based on race will look like discrimination based on religion, although there may certainly be some overlap»⁷⁰. A pesar de ello, el modelo de acoso sexual se ha extrapolado a esos otros motivos de acoso.

3. LA TRASLACIÓN DEL MODELO ORIGINARIO A OTRAS MODALIDADES DE ACOSO

El modelo de acoso construido sobre la base del acoso sexual se ha trasladado a otras modalidades de acoso por entender que compartían los mismos principios básicos, bienes jurídicos y objetivos⁷¹.

Ese proceso de traslación se ha producido en una triple dirección. Desde una perspectiva espacial, el modelo de acoso sexual en el trabajo se traslada a otros lugares o ámbitos de actuación como las instituciones educativas, los establecimientos penitenciarios, el domicilio o el ciberespacio⁷². En el plano subjetivo, la autoría del acoso se extiende desde las relaciones verticales descendentes a las relaciones horizontales y verticales ascendentes, de manera que el centro de atención se desplaza desde la situación formal de jerarquía a la situación real de poder o capacidad de dominación. En el ámbito material, el modelo de acoso sexual se extrapola a otras situaciones en las que la motivación sexual es sustituida por causas raciales, étnicas, religiosas o de otra índole susceptibles de amparar ese presupuesto de poder o dominación que implica el acoso.

69. CHEW, P. K., «Freeing Racial from the Sexual Harassment Model», *loc. cit.*, p. 617.

70. HIPPENSTEELE, S. K., «Mediation Ideology: Navigating Space from Myth to Reality in Sexual Harassment Dispute Resolution», *loc. cit.*, p. 53.

71. Para una comparación entre los distintos tipos de acoso desde la psicología, véanse RAVER, J., y NISHII, L. H., «Once, Twice, or Three Times as Harmful? Ethnic Harassment, Gender Harassment, and Generalized Workplace Harassment», *Journal of Applied Psychology*, vol. 95, núm. 2, 2010, pp. 236-254.

72. Como explica FRANKS, «Workplace sexual harassment has served as the model for addressing sexual harassment in other settings». En la jurisprudencia norteamericana, el siguiente espacio protegido son las instituciones educativas y después el domicilio privado y los establecimientos penitenciarios hasta llegar a la definición del acoso en el espacio virtual (FRANKS, M. A., «Sexual Harassment 2.0», *loc. cit.*, pp. 664-669).

La traslación del modelo de acoso sexual a otras modalidades de acoso es, salvo excepciones⁷³, generalmente criticada en sede doctrinal refiriéndose para ello, especialmente, a su escasa operatividad en los supuestos de acoso racial, religioso, por razón de edad o el ciberacoso.

3.1. EL ACOSO POR RAZÓN DE RAZA O ETNIA

Siguiendo a CHEW y KELLEY, «racial harassment is a particular form of racism and of harassment which occurs when individuals are intimidated, insulted, bullied, excessively monitored or otherwise harassed because of their race»⁷⁴. Los conceptos de raza y etnia han sido objeto de una profunda revisión en las últimas décadas caracterizada por un progresivo alejamiento de la perspectiva biológica o biológica y una paulatina confirmación de su naturaleza como concepto social y cultural y, también, como categoría jurídica localizada en el marco de la protección de derechos humanos.

En Estados Unidos, el proceso se inicia en la década de los años setenta y su desarrollo tiene un alcance limitado debido a que la jurisprudencia se construye sobre la base del acoso sexual discriminatorio⁷⁵. La doctrina y la práctica jurídica y judicial han utilizado el modelo de acoso sexual para el acoso racial⁷⁶. CHEW explica este fenómeno en Estados Unidos a partir de los trabajos de Catharine MACKINNON y Lin FARLEY cuando introducen un modelo conceptual de acoso sexual como *impermissible intencional discrimination* mediante el cual el acoso sexual se convierte en el paradigma del acoso en el lugar de trabajo⁷⁷. Debido a esa dependencia, el desarrollo de la jurisprudencia en materia de acoso racial ha sido limitado⁷⁸. Esta tendencia se explica, en un primer momento, porque los dos tipos de acoso se produ-

73. Para VALLEJO DACOSTA, «parece lógico, en cualquier caso, *de lege ferenda*, la necesidad de un tratamiento unitario y coherente, dentro de las diferencias conceptuales que puedan existir, en la ordenación de todos los supuestos de acoso, que pueden tener características similares y contra los que se debe luchar con medios parecidos» (VALLEJO DACOSTA, R., «Acoso sexual y acoso por razón de sexo: riesgos de especial incidencia en la mujer trabajadora», *loc. cit.*, p. 59).

74. CHEW, P. K., y KELLEY, R. E., «Unwrapping Racial Harassment Law», *loc. cit.*, pp. 55-57.

75. CHEW, P. K., y KELLEY, R. E., «Unwrapping Racial Harassment Law», *loc. cit.*, pp. 51-52.

76. En efecto, «Legal principles derived from sexual harassment jurisprudence are presumed to be equally appropriate for racial harassment cases. The implicit assumption is that the social harms and public policy goals of racial harassment and sexual harassment are sufficiently similar to justify analogous scrutiny and remedies» CHEW, P. K., «Freeing Racial from the Sexual Harassment Model», *loc. cit.*, pp. 615-616.

77. CHEW, P. K., «Freeing Racial from the Sexual Harassment Model», *loc. cit.*, p. 616;

78. FRANKS, M. A., «Sexual Harassment 2.0», *loc. cit.*, p. 663.

CHEW, P. K., y KELLEY, R. E., «Unwrapping Racial Harassment Law», *loc. cit.*, p. 53.

cen en el mismo ambiente y se combaten para eliminar la discriminación en el entorno laboral. A ello se suma la acción de los grupos feministas que priorizan el acoso sexual, ciertas agendas políticas para las que resulta ventajosa esa analogía y las ventajas que pueden derivar para la lucha contra el acoso racial de los avances logrados en el caso del acoso sexual. El caso Harris en la jurisprudencia americana «analogized the legal standards for sexual and racial harassment»⁷⁹.

En Europa, sin desconocer las realizaciones previas derivadas de la aplicación del principio de no discriminación en la Unión Europea y el Consejo de Europa, hay un punto de inflexión con la adopción de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. Esta norma tiene asignada una doble función: legislativa y educativa⁸⁰. Hay, en este caso, junto con la motivación derivada de la protección de los derechos humanos, una justificación económica que también explica, en los inicios de este proceso de integración económica, otras disposiciones como las relativas a la igualdad de trato o al derecho a las vacaciones pagadas de los trabajadores. Como señala BRENNAN, «the prohibition of racial discrimination in labour has to effect is patterns of employment in the EU that maintain systems of cheap labour based on race or ethnicity»⁸¹.

La importancia de considerar la singularidad del acoso racial es puesta de manifiesto por CHEW para quien «this shift to first considering a race-based model, rather than a gender-based model is not merely procedural. It may well be that considering racial harassment as gendered rather sexual harassment as raced will provide more accurate insight into harassers' motivations and into why targets feel humiliated and degraded»⁸². Hay, además, cuatro condicionantes propios del acoso racial que lo distancian del modelo sexual de referencia: primero, una relativa confusión entre los conceptos de acoso racial y discriminación racial en cuanto a sus causas, características y consecuencias; en segundo término, la presencia de distintas formas de acoso racial⁸³; en tercer lugar, una percepción diferente y diferenciada del acoso en función de los distintos grupos raciales⁸⁴, y, por último, no necesariamente en orden

79. CHEW, P. K., y KELLEY, R. E., «Unwrapping Racial Harassment Law», *loc. cit.*, p. 57.
80. BRENNAN, F., «The European Race directive: A Bridge so Far?», en WALDEN, R. (ed.), *Racism and Human Rights*, Springer Science + Business Media, Dordrecht, 2004, p. 146.
81. BRENNAN, F., «The European Race directive: A Bridge so Far?», *loc. cit.*, p. 153.
82. CHEW, P. K., «Freeing Racial from the Sexual Harassment Model», *loc. cit.*, p. 646.
83. Siguiendo a CHEW y KELLEY, aplicadas al acoso racial, esas formas son: «verbal harassment, physical objects, physical conduct and work-related decisions» (CHEW, P. K., y KELLEY, R. E., «Unwrapping Racial Harassment Law», *loc. cit.*, pp. 72-75).
84. CHEW, P. K., y KELLEY, R. E., «Unwrapping Racial Harassment Law», *loc. cit.*, pp. 57-58.

de importancia, el hecho de que «each racial and ethnic group is harassed in particular ways in part because society imposes myriad stereotypes»⁸⁵.

El acoso sexual y racial designa, pues, dos fenómenos sociales diferentes en sus orígenes, causas, manifestaciones, efectos⁸⁶ y soluciones⁸⁷ cuya única variable común es su naturaleza discriminatoria, esto es, la determinación del bien jurídico lesionado en aquellos casos en los que se identifican como tal el principio de igualdad y de no discriminación, que no necesariamente es el único porque tanto el acoso sexual, por su lado, como el acoso racial, por el suyo, constituyen una lesión de otros bienes jurídicos adicionales y diferentes⁸⁸.

3.2. EL ACOSO POR MOTIVOS RELIGIOSOS

La incorporación de la religión como motivo de acoso o de discriminación no es objeto de discusión en la medida en que, a pesar de no estar expresamente incluida en algunos listados de motivos, se reconoce como derecho en los instrumentos internacionales de protección de los derechos y libertades y está incluida en las constituciones y catálogos de derechos nacionales. Como motivo de acoso o discriminación, no está, sin embargo, exento de problemas. Como advierte VICKERS, hay básicamente tres: «First is the fact that there is no agreement as to the very grounds of protection, namely the meaning of religion and belief. This has created a level of instability at the heart of the protection provided. Second, the extent to which religious individuals should be free to manifest religion in secular workplaces, and when any restrictions might be justified, is not clear. Third, tensions have arisen due to the fact that religious discrimination is multi-dimensional in nature, so that religious individuals may not only be victims of discrimination, but may also discriminate against others»⁸⁹.

85. CHEW, P. K., «Freeing Racial from the Sexual Harassment Model», *loc. cit.*, p. 644.

86. En este punto, «Unlike sexual harassment claims where harassment sometimes moves off the work site and into a more social context, plaintiffs in racial harassment cases rarely claim that harassment occurs outside the work setting» (CHEW, P. K., y KE-
LLEY, R. E., «Unwrapping Racial Harassment Law», *loc. cit.*, p. 75).

87. Sobre esas diferencias, incluido un análisis jurisprudencial de la práctica, véase CHEW, P. K., «Freeing Racial from the Sexual Harassment Model», *loc. cit.*, pp. 616 y ss.

88. En el caso del acoso sexual, «the real question is not whether the conduct is offensive, but whether it is welcome from a given individual. This is in contrast to other types of harassment based on racial, ethnic or religious characteristics where there is usually little difficulty in determining whether the conduct constitutes harassment because the conduct by its very nature is offensive» (HUSBANDS, R., «Sexual harassment law in employment: An International perspective», *loc. cit.*, p. 537).

89. VICKERS, L., «Religious Discrimination in the Workplace: An Emerging Hierarchy?», *Ecclesiastical Law Journal*, vol. 12, núm. 3, 2010, p. 281.

La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, incluye expresamente la religión entre las causas de discriminación y acoso en el ámbito del empleo y de la ocupación junto con la discapacidad, la edad y la orientación sexual. Este tratamiento unitario o unificado tiene la ventaja de la simplicidad pero plantea los problemas propios de aplicar un mismo modelo para modalidades de acoso que son, por diversos y relevantes motivos, diferentes.

VICKERS explica que «the religious harassment is sufficiently different from other forms of harassment to warrant different treatment. In particular, both the role of intention and the question of who should judge whether offence is caused, might require different treatment in the case of religious harassment»⁹⁰. La autora defiende que «religious harassment was not susceptible to the same legal treatment as harassment on other grounds»⁹¹. En su opinión, «it is clear that using the same definition for religious harassment as for harassment on other grounds is inappropriate. What is needed is a fresh approach to the issue which can take account of the different factors involved, and in particular, the additional complications introduced by the entry of freedom of religion into the equation where rights are being balanced against each other»⁹². Los parámetros para ese nuevo acercamiento al tema del acoso religioso se articulan sobre la base de una protección construida en torno al concepto de dignidad personal porque la religión forma parte de la identidad de la persona de forma similar pero no idéntica o paralela a la raza o el género⁹³.

La traslación del modelo de acoso sexual al acoso por motivos religiosos tampoco está exenta de problemas. Siguiendo a VICKERS, «Sexual and racial equality are protected on the basis of status: one's religion, or lack of it, is an intensely personal part of one's individuality and personality, and forms a fundamental part of one's private identity»⁹⁴. La relevancia del componente subjetivo en el acoso sexual y racial no se reproduce en el caso del acoso religioso

90. VICKERS, L., «Is All Harassment Equal? the Case of Religious Harassment», *Cambridge Law Journal*, vol. 65, núm. 3, 2006, p. 580.

91. VICKERS, L., «Is All Harassment Equal? the Case of Religious Harassment», *loc. cit.*, p. 605.

92. VICKERS, L., «Is All Harassment Equal? the Case of Religious Harassment», *loc. cit.*, p. 596. Sobre el conflicto entre los derechos de la mujer y la libertad religiosa puede verse el ilustrativo caso de la India (KING, U., «Hinduism and Women: Uses and Abuses of Religios Freedom», en LINDHOLM, T., *et. Alii* (eds.), *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook*, Koninklijke, 2004, pp. 523-543.

93. VICKERS, L., «Is All Harassment Equal? the Case of Religious Harassment», *loc. cit.*, pp. 596 y ss.

94. VICKERS, L., «Is All Harassment Equal? the Case of Religious Harassment», *loc. cit.*, p. 591.

porque en aquéllos y, sobre todo, en el primero, importa la percepción de la víctima y la intención del acosador⁹⁵.

El problema de usar el mismo modelo para el acoso religioso y el acoso sexual o racial radica, además, en los potenciales conflictos que pueden surgir entre el acoso religioso entre el derecho a no ser objeto de acoso y el derecho a la libertad de expresión y a la libertad religiosa, característicos del acoso por motivos religiosos y ausentes en los otros supuestos⁹⁶. La ampliación de los bienes jurídicos objeto de protección y su eventual colisión con otros derechos y libertades marcan una diferencia significativa entre este tipo de acoso y las otras modalidades.

3.3. EL ACOSO POR RAZÓN DE EDAD⁹⁷

El acoso y, en general, la discriminación por razón de edad adquieren relevancia en contextos de crisis económica y especialmente en países con una población mayoritaria de edad avanzada⁹⁸. No es extraño que las políticas sobre acoso y no discriminación por edad se hayan generado en países desarrollados, fundamentalmente, en Estados Unidos primero y, después, en la Unión Europea⁹⁹, donde se está materializando progresivamente el llamado *elder law*¹⁰⁰.

El hecho de que sea un fenómeno localizado, generalmente, en ese contexto geográfico y económico privilegiado no significa que las víctimas sean únicamente personas mayores porque puede haber acoso y/o discriminación justo en sentido contrario por no alcanzar una edad mínima o estipulada. La edad es el motivo de acoso o discriminación si es la razón que justifica el primero o si es la causa de un tratamiento no igualitario o desfavorable bien por la edad misma, bien por las características o condicionantes asociados a esa edad. El acoso tiene

95. VICKERS, L., «Is All Harassment Equal? the Case of Religious Harassment», *loc. cit.*, p. 582.

96. VICKERS, L., «Is All Harassment Equal? the Case of Religious Harassment», *loc. cit.*, p. 580.

97. *Vid. Capítulo «Acoso a las personas mayores».*

98. Nota de las directoras: Sobre la edad como causa de acoso, véanse BLACKSTONE, A., «Harassment of Older Adults in the Workplace», en BROWNELL, P., y KELLY, J. J. (eds.), *Ageism and Mistreatment of Older Workers: Current Reality, Future Solutions*, Springer Science +Business Media, Dordrecht, 2013, pp. 31-47; MEENAN, H., «Age Discrimination and the Future Development of Elder Rights in the European Union: Walking Side by Side or Hand in Hand?», en DORON, I., y SODEN, A. M. (eds.), *Beyond Elder Law*, Springer Science +Business Media, Berlin, Heidelberg, 2012, pp. 57-97.

99. SPENCER, C., «Legal and Legislative Issues in Protecting Older Adults in the Workplace: An International Perspective», en BROWNELL, P., y KELLY, J. J. (eds.), *Ageism and Mistreatment of Older Workers: Current Reality, Future Solutions*, Springer Science +Business Media, Dordrecht, 2013, pp. 145-164.

100. Se trata de un sector normativo diferenciado del llamado *elder rights* (MEENAN, H., «Age Discrimination and the Future Development of Elder Rights in the European Union: Walking Side by Side or Hand in Hand?», *loc. cit.*, pp. 57-59).

en este caso una dimensión de orden económico y una dimensión de derechos humanos¹⁰¹, básicamente, por ser una ofensa a la dignidad humana y al principio de no discriminación cuando supone un tratamiento no igualitario¹⁰².

La edad no es mencionada expresamente en los instrumentos internacionales de protección de derechos y libertades¹⁰³, pero se convierte en motivo de acoso o discriminación en la medida en que hay una víctima afectada por ese motivo y las normas no contienen enunciados normativos cerrados porque generalmente se acompañan de una cláusula que admite «cualquier otra» forma o motivo de discriminación o acoso¹⁰⁴. Es un motivo que puede manifestarse directa o indirectamente, en este caso, cuando una práctica aparentemente neutral tiene un impacto negativo en un sector de edad¹⁰⁵. La diferencia entre el acoso motivado por la edad y otras formas de acoso se aprecia además en el hecho de que «workers of any age do not feel the same need for privacy as a victim of sexual orientation or religious discrimination might»¹⁰⁶.

La edad, sin embargo, ha sido apreciada doctrinalmente como un motivo secundario como consecuencia de la adopción de las Directivas europeas 2000/78 y 2000/43 por entender que establecían «a hierarchy of protection in the EU, with race and sex at the pinnacle and age at the bottom»¹⁰⁷. La dimensión económica, la localización preferente en el marco de los países desarrollados y la circunstancia de que es un factor variable, a diferencia del sexo o la raza que son constantes, singularizan esta modalidad de acoso.

101. En la UE, explica MEENAN, «age discrimination, human rights and elder rights are often separate and sometimes together, depending on their source and function» (MEENAN, H., «Age Discrimination and the Future Development of Elder Rights in the European Union: Walking Side by Side or Hand in Hand?», *loc. cit.*, pp. 57-97).

102. Sobre la dimensión económica de este tipo de acoso y sobre las razones principales que entre los economistas justifican dicho acoso, véase SCHLACHTER, M., «The Prohibition of Age Discrimination in Labor Relations», en BROWN, K. B., y SNYDER, D. V. (eds.), *General Report of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*, Springer Science + Business, 2012, pp. 423 y ss.

103. En cuanto a la aplicación de estas normas sobre la base del principio de no discriminación, véase MEENAN, H., «Age Discrimination and the Future Development of Elder Rights in the European Union: Walking Side by Side or Hand in Hand?», *loc. cit.*, pp. 59-61.

104. SCHLACHTER, M., «The Prohibition of Age Discrimination in Labor Relations», *loc. cit.*, pp. 425 y ss.

105. SCHLACHTER, M., «The Prohibition of Age Discrimination in Labor Relations», *loc. cit.*, pp. 435-436.

106. MEENAN, H., «Age Discrimination and the Future Development of Elder Rights in the European Union: Walking Side by Side or Hand in Hand?», *loc. cit.*, p. 90.

107. MEENAN, H., «Age Discrimination and the Future Development of Elder Rights in the European Union: Walking Side by Side or Hand in Hand?», *loc. cit.*, p. 79.

3.4. EL CIBERACOSO

El ciberacoso es una manifestación de acoso diferente por el ámbito espacial en el que se produce, por su instrumentación y por su versatilidad porque, en sí mismo, puede encerrar distintos motivos de acoso ya que su definición viene impuesta por el medio o el instrumento y no por la razón o el objeto. El ciberacoso puede estar justificado por una motivación sexual, racial, religiosa o de otra índole. A pesar de ser mayoritariamente de naturaleza sexual, no se ajusta a los parámetros del modelo originario de acoso. Es, por el contrario, un ejemplo de las disfunciones de ese modelo y de las limitaciones derivadas de la dialéctica naturaleza *versus* contexto para definir el acoso y de la necesidad de superar el esquema operativo basado en los ejes relacional y espacial¹⁰⁸.

La problemática definición y caracterización del acoso se traslada al ciberacoso, donde se manifiesta una dificultad adicional porque no hay consenso sobre si el ciberacoso «should be viewed as nothing more than an extensión of offline stalking, or whether it should be viewed as an enterely new form of deviant behavior, albeit related to offline stalking»¹⁰⁹.

BARAK considera que todas las categorías de acoso –«gender harassment, unwanted sexual attention and sexual coercion»– se reproducen en el ciberespacio¹¹⁰. Los factores que explican el alcance, la frecuencia y la intensidad del ciberacoso sexual son «*on-line* disinhibition together with elevate openness, venture, and bravado, with an atmosphere characterized by typical masculine attitudes»¹¹¹. FRANKS identifica como motivos explicativos de ese fenómeno el anonimato, la amplificación y la permanencia¹¹².

El acoso *on-line* es, en efecto, una expresión sobresaliente del llamado «multiplesetting harassment»¹¹³, donde el acoso sexual se manifiesta de manera especialmente virulenta¹¹⁴. En definitiva, Internet ha expandido y amplificado el problema del acoso sexual¹¹⁵.

El ciberespacio ofrece, además, dos condicionantes generales que se suman a las particulares características del acoso: «First, there are technical and practical features of the Internet that make antisocial behaviors more common (...).

108. Véase, al respecto, FRANKS, M. A., «Sexual Harassment 2.0», *loc. cit.*, p. 661.

109. VAN DER AA, S., «International (Cyber) Stalking: impediments to Investigation and Prosecution», *loc. cit.*, p. 191.

110. BARAK, A., «Sexual Harassment on the Internet», *loc. cit.*, p. 78.

111. BARAK, A., «Sexual Harassment on the Internet», *loc. cit.*, p. 82.

112. FRANKS, M. A., «Sexual Harassment 2.0», *loc. cit.*, pp. 682-683.

113. FRANKS, M. A., «Sexual Harassment 2.0», *loc. cit.*, p. 672.

114. CHAWKI, M., y SHAZLY, Y., «On-line Sexual Harassment», *Issues and Solutions*, vol. 4, 2013, p. 77.

115. FRANKS, M. A., «Sexual Harassment 2.0», *loc. cit.*, p. 658.

Second, the problematic legal status of the Internet, in addition to serious difficulties in enforcing laws and regulations pertaining to it, creates an environment in which breaking a law is common¹¹⁶. A ello se suma la circunstancia de que el acoso sexual, en particular, se ha construido en torno a dos ejes, el espacial y el relacional, siendo el primero de ellos un grave condicionante cuando se trata de extrapolar el acoso, no a un lugar concreto como las instituciones educativas, sanitarias, penitencias o similares, sino a un ámbito espacial ilimitado como el ciberespacio y en el marco de unas relaciones marcadas generalmente por el anonimato¹¹⁷.

El ciberacoso sexual es una amenaza creciente¹¹⁸, que, sin embargo, carece de la globalidad/universalidad característica del acoso en general, porque se manifiesta singularmente en los países desarrollados mientras que en el resto no alcanza una entidad similar¹¹⁹. Las principales iniciativas normativas se localizan en Estados Unidos y la UE¹²⁰, en gran medida, por la estructura federal del primero y por la naturaleza como organización internacional de Estados de la segunda, que imponen una mayor necesidad de armonización o coordinación normativas entre sus componentes. En el sistema americano se ha optado por «a two-track approach to harmonize state legislation and to counter interstate (cyber) stalking: first, the creation of a Model Anti-Stalking Code and second, the adoption of a federal anti-stalking law»¹²¹.

En el marco europeo, el ciberacoso es objeto de un tratamiento considerablemente menos homogéneo o uniforme y, en cualquier caso, lo suficientemente diversificado para que ésta sea su característica más notable¹²². En el marco del Consejo de Europa se ha adoptado la Convención Europea sobre Cibercriminalidad, el 23 de noviembre de 2001, en vigor desde 2004, que, al estar abierta a Estados terceros, ha sido firmada por Sudáfrica y Canadá y ratificada por Estados Unidos, Japón, Panamá, Islas Mauricio, República Dominicana y Australia. Es el primer tratado internacional que ofrece un marco de cooperación institucional y directrices para los países interesados en la regulación de estas actividades. Aunque no reconoce expresamente el ciberacoso,

116. BARAK, A., «Sexual Harassment on the Internet», *loc. cit.*, pp. 82-83.

117. FRANKS, M. A., «Sexual Harassment 2.0», *loc. cit.*, pp. 661 y ss.

118. Sobre sus distintas manifestaciones, véanse CHAWKI, M., y SHAZLY, Y., «On-line Sexual Harassment», *loc. cit.*, pp. 71-86.

119. GOODMAN, M., «International Dimensions of Cybercrime», en GHOSH, S., y TURRINI, E. (eds.), *Cybercrimes: A Multidisciplinary Analysis*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2010, p. 311.

120. CHAWKI, M., y SHAZLY, Y., «On-line Sexual Harassment», *loc. cit.*, pp. 77-81.

121. VAN DER AA, S., «International (Cyber) Stalking: impediments to Investigation and Prosecution», *loc. cit.*, p. 197.

122. Hay, no obstante, dos grandes modelos: el modelo de los países angloparlantes que enfatizan la reacción de la víctima y el modelo continental que se centra en la acción y la intención del acosador (VAN DER AA, S., «International (Cyber) Stalking: impediments to Investigation and Prosecution», *loc. cit.*, p. 200).

criminaliza comportamientos y acciones constitutivos del mismo, siendo ésta una posible, aunque limitada, vía para su persecución y sanción.

Con independencia de las diferentes aproximaciones normativas al ciberacoso, el problema clave es posiblemente la definición de la jurisdicción competente en la medida en que es un fenómeno transnacional. En Derecho internacional, cada Estado determina su propia competencia en el respeto de las competencias de los demás porque no existe un modelo de distribución horizontal de la competencia jurisdiccional. En estas circunstancias, el ciberacoso transnacional puede provocar dos situaciones opuestas: un conflicto positivo de competencias cuando dos o más países aspiran a ejercer su jurisdicción o un conflicto negativo cuando cualquiera de los Estados implicados carece de título de jurisdicción. Ello puede plantear, respectivamente, «the danger of over-criminalization of activities and double jeopardy»¹²³ o el riesgo de impunidad del acosador. Esta situación abunda en la necesidad de proceder a una regulación internacional más generalizada en su ámbito de aplicación y precisa en sus contenidos para combatir el ciberacoso. En este sentido, una opción que no se debería excluir es el recurso a la jurisdicción universal para evitar mediante el ejercicio de ese título competencial la impunidad en los casos de ciberacoso. En cualquier caso, desde esa perspectiva, el ciberacoso se aleja del modelo originario de referencia.

4. LA SUPERACIÓN DEL MODELO TRADICIONAL: LA PERSPECTIVA DE LA INTERSECCIONALIDAD

La definición del acoso sexual o por razón de género resulta válida y eficaz en determinados contextos pero no necesariamente es extrapolable a todos, ni responde a las circunstancias y condicionantes que caracterizan el acoso en general e, incluso, respecto de determinados grupos de mujeres¹²⁴. La diversidad característica del acoso explica un doble fenómeno: por una parte, el acoso sexual o por razón de género no es asumido como tal o en los mismos términos incluso por parte de la víctima cuando concurre con otros componentes como la raza, la nacionalidad, la edad o cualquier otro que imprima una diferencia adicional a la que supone el hecho mismo de ser mujer¹²⁵; y, por otra parte, la

123. VAN DER AA, S., «International (Cyber) Stalking: impediments to Investigation and Prosecution», *loc. cit.*, p. 203.

124. La vivencia del acoso no es igual para una mujer blanca y nacional que para otra de color y extranjera. Para una comparación entre ambas situaciones, desde la perspectiva de la definición legal de acoso, véase WELSH, S., CARR, J., MACQUARRIE, B., y HUNTER, A., «I'm not thinking of it as sexual harassment. Understanding Harassment across Race and Citizenship», *Gender & Society*, vol. 20, núm. 1, 2006, pp. 95-104.

125. En efecto, «there is a need for more attention to how women define sexual harassment through the intersection of race, gender, and citizenship. This intersectionality may ex-

presencia de esas otras modalidades de dominación, como la raza, la edad o la religión, por indicar las más significativas, influye decisivamente y puede extremar la situación de acoso. El componente subjetivo¹²⁶ y la comprensión misma del acoso sexual o por razón de género como una forma de dominación llevan a esta situación aparentemente contradictoria en la que, de un lado, el acoso sexual no se advierte como tal o aparece difuminado por la presencia de otros motivos y, al mismo tiempo, resulta exacerbado porque concurren, junto con él, esas otras expresiones de dominación¹²⁷.

Esta problemática no es privativa del acoso. En general, los dispositivos de lucha contra la discriminación «on été façonnés par une *conception unidimensionnelle* de la domination qui repose sur un rapport au mode univoque, une construction du pouvoir à partir d'un axe exclusif (le patriarcat, le racisme, l'exploitation capitaliste ou l'hétérosexisme), et qui s'opère par des catégories sociales pensées comme mutuellement exclusives (sexe/genre, race/ethnicité, classe, orientation sexuelle, handicap, etc.)»¹²⁸. Esa concepción unidimensional es cuestionada y parece verse desplazada progresivamente por una aproximación más abierta y plural centrada en la presencia y la posible imbricación de varios motivos de acoso y discriminación, esto es, la concepción interseccional o multidimensional.

El modelo tradicional, unívoco o unidireccional de acoso, imperante en sociedades o entornos socialmente homogéneos, se muestra incapaz de aprehender la singularidad de ese fenómeno cuando se manifiesta en contextos de diversidad, ya sea racial o étnica, religiosa, nacional o lingüística. Ello explica la necesidad de adoptar la perspectiva de la interseccionalidad en la conceptua-

- plain why some women do not define their experiences as sexual harassment» (WELSH, S., CARR, J., MACQUARRIE, B., y HUNTLEY, A., «I'm not thinking of it as sexual harassment. Understanding Harassment across Race and Citizenship», *loc. cit.*, p. 88).
126. Hay efectivamente que considerar «the gap between objective and subjective perceptions of harassment» (WELSH, S., CARR, J., MACQUARRIE, B., y HUNTLEY, A., «I'm not thinking of it as sexual harassment. Understanding Harassment across Race and Citizenship», *loc. cit.*, p. 87). La percepción de la persona acosada es fundamental porque «una conducta determinada no es ofensiva intrínsecamente, lo es en la medida que genera molestia para quien la recibe» (PÉREZ GUARDO, R., «Las limitaciones en la cuantificación del acoso en España», *loc. cit.*, p. 206). Pero, por otra parte, «el dimensionamiento exclusivamente a través de la experiencia subjetiva encierra dos peligros. Uno es la voluntad de ocultamiento y otro es la normalización de las conductas» (PÉREZ GUARDO, R., «Las limitaciones en la cuantificación del acoso en España», *loc. cit.*, p. 215).
127. Según BLACKSTONE, «Sexual harassment researchers initially focused on gendered dimensions of power in the workplace, but the literature has since grown to include inquiry into the relationships between and among intersecting dimensions of power» (BLACKSTONE, A., «Harassment of Older Adults in the Workplace», *loc. cit.*, pp. 31-47).
128. BILGE, S., y ROY, O., «La discrimination interseccionnelle: la naissance et le développement d'un concept et les paradoxes de sa mise en application en droit antidiscriminatoire», *Canadian Journal of Law and Society*, vol. 25, núm. 1, 2010, p. 51.

ción misma del acoso¹²⁹, por un doble motivo: primero, porque las definiciones genéricas o monolíticas son incapaces de responder a aquellas situaciones en las que la víctima es objeto de acoso por más de un motivo; y, en segundo lugar, porque la presencia de varios motivos de acoso no se traduce necesariamente en una simple suma de motivaciones sino que interfieren unas en otras y el resultado no es necesariamente aritmético, sino que se puede manifestar en progresión geométrica¹³⁰. Este fenómeno se ha caracterizado acudiendo a la idea del acoso combinado o acumulativo aunque reconociendo que los motivos «are intersectionnal and not just additive»¹³¹. Una dimensión adicional del problema surge cuando la concurrencia de dos o más motivos obliga a determinar la naturaleza o justificación prioritaria y precisa del acoso¹³². Ocurre así cuando se produce «a clash between discrimination on grounds of religion and belief and discrimination on other grounds, most commonly the grounds of gender and sexual orientation»¹³³. Como explica BLACKSTONE, por ejemplo, «a growing literature considers how age intersects with other power dimensions to influence work experiences and patterns»¹³⁴.

Este fenómeno ha sido definido como una discriminación interseccional o multidimensional¹³⁵ o una discriminación múltiple considerando por tal, en una formulación muy genérica pero perfectamente válida, aquella en la que

129. Así, «Scholars have demonstrated both theoretically and empirically that race, class, and gender intersect in a unique process that would be missed if each were analyzed separately» (WELSH, S., CARR, J., MACQUARRIE, B., y HUNTLEY, A., «I'm not thinking of it as sexual harassment. Understanding Harassment across Race and Citizenship», *loc. cit.*, p. 89).

130. En realidad, hay que operar con varias opciones: una aproximación monista que se caracteriza por tomar en consideración un único motivo de discriminación; una aproximación compartimentada que reconoce la presencia de varios motivos pero los gestiona aisladamente; una aproximación cumulativa que reconoce los motivos pero adicionándolos; y una aproximación holística o interseccional que se fundamenta en la toma en consideración de sus interacciones (BILGE, S., y ROY, O., «La discrimination intersectionnelle: la naissance et le développement d'un concept et les paradoxes de sa mise en application en droit antidiscriminatoire», *loc. cit.*, pp. 62-70).

131. CHEW, P. K., y KELLEY, R. E., «Unwrapping Racial Harassment Law», *loc. cit.*, p. 60.

132. En efecto, «certaines catégories de personnes pouvaient être victimes de plusieurs formes de discrimination simultanément» (BILGE, S., y ROY, O., «La discrimination intersectionnelle: la naissance et le développement d'un concept et les paradoxes de sa mise en application en droit antidiscriminatoire», *loc. cit.*, p. 51).

133. VICKERS, L., «Religious Discrimination in the Workplace: An Emerging Hierarchy?», *loc. cit.*, pp. 290-291.

134. BLACKSTONE, A., «Harassment of Older Adults in the Workplace», *loc. cit.*, p. 34.

135. Sobre el origen y evolución de este concepto, véanse BILGE, S., y ROY, O., «La discrimination intersectionnelle: la naissance et le développement d'un concept et les paradoxes de sa mise en application en droit antidiscriminatoire», *loc. cit.*, pp. 51-74.

el trato desfavorable se justifica por más de un motivo o causa¹³⁶. No se trata de un debate meramente teórico. En el marco de Naciones Unidas, la idea de interseccionalidad aparece desde la Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing en 1995 y se materializa después en diferentes declaraciones y programas de acción¹³⁷. La cuestión ha sido objeto de consideración en el caso de la UE donde el planteamiento inicial marcadamente individualista y los condicionantes estructurales han suscitado críticas por las incoherencias derivadas del tratamiento separado de los motivos de discriminación y la tendencia a establecer entre ellos, alternativamente, jerarquías y/o supuestas equivalencias. La Directiva 2000/78/CE reconoce la posibilidad de discriminaciones múltiples pero no se aplica respecto de aquellos motivos de discriminación que son objeto de regulación en normas específicas, circunstancia que conduce a una compartimentación en la lucha contra la discriminación que obstaculiza la consecución de dicho objetivo en las discriminaciones múltiples¹³⁸. El mero reconocimiento de su existencia es, no obstante, el principio para un cambio de paradigma en este sentido.

En realidad, el fenómeno admite diversas variantes: el acoso y/o discriminación por un motivo, el acoso y/o discriminación múltiple por varios motivos que se suman y el acoso y/o discriminación interseccional cuando interactúan varios motivos entre ellos agravando en progresión geométrica y no meramente aritmética el acoso o la discriminación.

En la evolución del modelo es importante no sólo la posible combinación de varios motivos de discriminación sino, también, la presencia de formas de discriminación nuevas, diferentes, más sutiles o, incluso, inconscientes derivadas de la denominada discriminación estructural o discriminación de segunda generación¹³⁹. Este tipo de discriminación parece exigir soluciones adicionales o alternativas a las que ofrece la normativa tradicional en materia de lucha contra la discriminación. En ese contexto se desarrolla, asimismo, el concepto de *systemic harassment* que incluye «allegations that an employer allowed widespread harassment to permeate its workplace and affect an entire class of victims rather than just an individual victim». Las acciones en caso de *systemic harassment* «require examination of everyday interactions in the workplace and

136. SCHLACHTER, M., «The Prohibition of Age Discrimination in Labor Relations», *loc. cit.*, p. 437.

137. Véase BILGE, S., y ROY, O., «La discrimination intersectionnelle: la naissance et le développement d'un concept et les paradoxes de sa mise en application en droit anti-discriminatoire», *loc. cit.*, pp. 52-53.

138. Véase BILGE, S., y ROY, O., «La discrimination intersectionnelle: la naissance et le développement d'un concept et les paradoxes de sa mise en application en droit anti-discriminatoire», *loc. cit.*, pp. 60-61.

139. BENT, J. R., «Systemic Harassment», *Tennessee Law Review*, vol. 77, 2009, p. 152.

could provide an important opportunity to address structural discrimination under current antidiscrimination law»¹⁴⁰.

5. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN: BIEN JURÍDICO OBJETO DE PROTECCIÓN

El acoso es una conducta discriminatoria, una agresión a la diferencia del otro¹⁴¹, pero no es una forma cualquiera de discriminación¹⁴². El acoso es calificado en Derecho internacional y en los ordenamientos jurídicos internos como una vulneración del principio de no discriminación reconocido en una pluralidad de instrumentos internacionales universales y regionales y en las constituciones y legislaciones internas de los Estados. La protección frente al acoso se canaliza por esa vía desde sus inicios antes incluso de su tipificación jurídica.

5.1. LA NORMATIVA INTERNACIONAL UNIVERSAL

En el marco internacional general, la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce los principios de igualdad y no discriminación en sus arts. 1, 2 y 7¹⁴³. El Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 establece un princi-

140. *Ibidem*, p. 153. Los componentes claves del systemic harassment son «1) harassment in the form of a hostile work environment that affects multiple employees, and 2) the employer's failure to take remedial action, or tolerance of the conduct, after having notice of the harassment» (*Ibidem*, p. 162). Sobre este concepto elaborado a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense, véase BENT, J. R., «Systemic Harassment», *loc. cit.*, pp. 153-206.

141. EDREIRA, M. J., «Fenomenología del acoso», *loc. cit.*, p. 144.

142. Sobre el perfil del acosador y de la víctima y sobre el proceso, véanse EDREIRA, M. J., «Fenomenología del acoso», *loc. cit.*, pp. 136-149; OLMEDO, M., y GONZÁLEZ, P., «La violencia en el ámbito laboral: la problemática conceptualización del *mobbing*, su evaluación, prevención y tratamiento», *loc. cit.*, pp. 107-128.

143. El art. 1 dispone 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». En virtud del art. 2, «1. 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. 2. 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». Finalmente, el art. 7 establece 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».

pio general de no discriminación en el disfrute de los derechos reconocidos en este tratado¹⁴⁴. El art. 3 reconoce la igualdad entre hombres y mujeres y el art. 26 incluye además una prohibición expresa de discriminación¹⁴⁵. En el plano universal, el principio de no discriminación es una categoría jurídica que ha generado la necesidad de elaborar tratados específicos destinados a combatir modalidades precisas de discriminación *personal*, por razón de las personas, *material* por las motivaciones y *espacial* por los lugares en que se produce la discriminación. La definición del acoso como un atentado contrario al principio de no discriminación otorga a las víctimas el amparo jurídico ofrecido por estas normas internacionales. El protagonismo acordado al principio de no discriminación a esos efectos contrasta con las escasas referencias a la dignidad, como candidata a bien jurídico protegido, que suelen materializarse en los preámbulos y exposiciones de motivos.

La discriminación de naturaleza *personal* tiene como protagonista la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 (Convención CEDAW), en vigor desde 1981, que define esta modalidad de discriminación¹⁴⁶, afirmando el principio de igualdad y limitando las referencias a la dignidad al preámbulo. Según BARRÈRE, la definición de discriminación del art. 1 de la Convención CEDAW está basada en el sexo (no en el patriarcado o en el sistema sexo-género) y se funda en «el reconocimiento de los derechos individuales, aunque implícitamente reconozca la problemática grupal de las mujeres en todas las esferas de lo social y, además, a escala mundial»¹⁴⁷. Además, según la autora, «la discriminación se presenta como un fenómeno comparativo y ocasional cuyo contenido, como señala BOBBIO, dependerá de la decisión individualizada sobre

144. Siguiendo al art. 2.1, «Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

145. Según el art. 26, «Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección 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».

146. Por discriminación contra la mujer se entiende, según su art. 1, «toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera».

147. BARRÈRE UNZUETA, M. A., «El acoso sexual: una mirada a sus orígenes y a su evolución en la Unión Europea», *loc. cit.*, pp. 31 y ss.

quién es igual a quién y en qué. Y en esta lógica comparativa e individualizada del concepto clásico de discriminación no tiene sentido la violencia»¹⁴⁸.

El Comité CEDAW, en su Recomendación núm. 19 relativa a la violencia contra la mujer, adoptada en 1992, reconoce en cuanto al art. 11, que «La igualdad en el empleo puede verse seriamente perjudicada cuando se somete a las mujeres a violencia dirigida concretamente a ellas, por su condición de tales, por ejemplo, el hostigamiento sexual en el lugar de trabajo». Según el Comité, «el hostigamiento sexual incluye conductas de tono sexual tal como contactos físicos e insinuaciones, observaciones de tipo sexual, exhibición de pornografía y exigencias sexuales, ya sean verbales o de hecho. Ese tipo de conducta puede ser humillante y puede constituir un problema de salud y de seguridad; es discriminatoria cuando la mujer tiene motivos suficientes para creer que su negativa le podría causar problemas en relación con su trabajo, incluso con la contratación o el ascenso, o cuando crea un medio de trabajo hostil». El acoso sexual es calificado, en sus dimensiones *quid pro quo* y ambiental, como una expresión de violencia hacia la mujer y considerado discriminatorio, no exactamente por su comparación con otro sujeto, sino porque la mujer tenga motivos para creer «que le podría causar problemas» o porque crea «un medio de trabajo hostil». Esta figura sólo protege cuando la víctima es mujer.

Un año después, la AGNU adopta la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de 20 de diciembre de 1993 en la que queda plasmado el planteamiento del Comité CEDAW y que responde al llamado esquema sistémico¹⁴⁹. En su art. 2, establece que un concepto amplio de violencia que comprende sus dimensiones física, sexual y psicológica y que se define atendiendo a los espacios y a los posibles agentes implicados¹⁵⁰. El acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares son expresamente mencionados como forma de violencia contra la mujer. En su

148. BARRÈRE UNZUETA, M. A., «El acoso sexual: una mirada a sus orígenes y a su evolución en la Unión Europea», *loc. cit.*, p. 32.

149. BARRÈRE UNZUETA, M. A., «El acoso sexual: una mirada a sus orígenes y a su evolución en la Unión Europea», *loc. cit.*, p. 24.

150. Según el art. 2, «se entenderá que la violencia contra la mujer abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos: a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación; b) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada; c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra».

art. 3, la declaración reconoce el derecho de la mujer a verse libre de todas las formas de discriminación. La referencia a la dignidad se limita, también en este caso, al preámbulo.

La discriminación de naturaleza *material* tiene como exponente la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada en 1965 y en vigor desde enero de 1969. En su art. 1 define la discriminación racial como «toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública». En la Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales aprobada por la Conferencia General de la UNESCO, el 27 de noviembre de 1978, se reconoce en el art. 1 que todos los seres humanos «nacen iguales en dignidad y derechos» y que la diversidad y el derecho a la diferencia «no pueden legitimar ni en derecho ni de hecho ninguna práctica discriminatoria».

El 25 de noviembre de 1981, en su Resolución 36/55, la AGNU adopta la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la religión o las convicciones. El art. 2 establece el principio de no discriminación y procede a su definición en el contexto de la religión y las convicciones¹⁵¹. Previamente, el art. 1, en su apartado 2, dispone que «Nadie será objeto de coacción que pueda menoscabar su libertad de tener una religión o convicciones de su elección». El art. 3 califica esta modalidad de discriminación como «una ofensa a la dignidad humana y una negación de los principios de la Carta de Naciones Unidas, y debe ser condenada como una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales». El reconocimiento de la dignidad en la parte dispositiva de la convención y de su afectación como consecuencia de la vulneración del principio de no discriminación se manifiesta como un cierto cambio de rumbo. En la medida en que una acción contraria a este principio es una ofensa a la dignidad humana, el acoso puede asumir también este bien jurídico como propio.

La discriminación de orden *espacial* se ejemplifica mediante la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, adoptada en 1960 y en vigor desde 1962, que establece en el art. 1 el concepto de discriminación mediante una combinación de los motivos y de sus efectos.

151. Según el art. 2.2, se entiende por intolerancia y discriminación basadas en la religión o las convicciones, «toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la religión o en las convicciones y cuyo fin o efecto sea la abolición o el menoscabo del reconocimiento, el goce o el ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales».

Desde la perspectiva de los motivos, se trata de «toda distinción, exclusión, limitación o preferencia, fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento». Desde la perspectiva de sus efectos, se trata de que su consecuencia sea «destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza» y, en especial, entre otras acciones¹⁵², «colocar a una persona o a un grupo en una situación incompatible con la dignidad humana». La discriminación se produce cuando el efecto de esa distinción es incompatible con la dignidad humana.

Estos tres ejemplos de convenios internacionales en materia de no discriminación, que atienden a su aplicación personal, material y espacial, permiten advertir que, aunque el objeto y el fundamento es el principio de no discriminación, la dignidad es un componente crecientemente presente en la medida en que se reconoce que hay discriminación si se produce afectación de la dignidad.

La OIT, como entidad del sistema de Naciones Unidas, no cuenta con ninguna norma específica para la protección frente al acoso laboral pero las disposiciones del Convenio núm. 100 sobre igualdad de remuneración de 1951 y del Convenio núm. 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación de 1958, en vigor desde 1960¹⁵³ y la Recomendación 111 sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación son un instrumento válido en la lucha contra el acoso laboral¹⁵⁴. La OIT articula la noción de acoso sobre la base de dos conceptos básicos: el principio de no discriminación y la violencia

152. Consigna, en especial, estas otras acciones: a) Excluir a una persona o a un grupo del acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza; b) Limitar a un nivel inferior la educación de una persona o de un grupo; c) A reserva de lo previsto en el art. 2 de la presente Convención, instituir o mantener sistemas o establecimientos de enseñanza separados para personas o grupos.

153. En virtud del art. 1, el término discriminación comprende: «a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados. 2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación».

154. MARAUHN, T., «Social Rights Beyond the Traditional Welfare State: International Instruments and the Concept of Individual Entitlements», en BENVENISTI, E., *et alii* (eds.), *The Welfare State, Globalization, and International Law*, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg, 2004, pp. 297 y ss.

contra la mujer. El acoso se define como una manifestación de las relaciones de poder, que forma parte e influye en las condiciones de trabajo y con un impacto directo en la salud de las víctimas.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT condena el acoso sexual sobre la base del Convenio núm. 111. La Conferencia Internacional del Trabajo ha adoptado, asimismo, dos resoluciones que sitúan el acoso en el contexto de las condiciones y el medio de trabajo: la Resolución relativa a la igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en el empleo de 1985 y la Resolución relativa a la acción de los Gobiernos sobre enseñanzas, entrenamiento y material informativo acerca del acoso sexual en el trabajo de 1991¹⁵⁵. El problema de la discriminación múltiple es objeto de atención preferente en los últimos años en el marco de esta organización¹⁵⁶.

El acoso se polariza en torno a los principios de igualdad y no discriminación, porque son pilares de la acción de la OIT desde su creación en 1919 pero comparte con el sistema general de Naciones Unidas el concepto de dignidad. La Declaración de Filadelfia de 1944 relativa a los fines y objetivos de la OIT reconocía ya, hace décadas, que «todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades».

5.2. LA NORMATIVA INTERNACIONAL REGIONAL

Los sistemas regionales de protección de derechos y libertades cuentan, como ocurre a nivel universal, con instrumentos generales que prohíben la discriminación y también con instrumentos normativos específicos.

5.2.1. El modelo regional americano

La Convención Americana sobre Derechos Humanos adoptada en el marco de la OEA, conocida como Pacto de San José¹⁵⁷, establece en su

155. DE VICENTE PACHÉS, F., «El acoso sexual y el acoso por razón de sexo desde la perspectiva del Derecho Internacional y el Derecho comunitario europeo», *loc. cit.*, pp. 101 y ss.
156. Informe del Director General *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse*. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Oficina Internacional del trabajo, Ginebra, 2011.
157. Pueden verse RODRÍGUEZ RESCIA, V., «El sistema interamericano de protección de derechos humanos», www.iidh.ed.cr/documentos/HerrPed/.../sistema%20idh.htm; AYALA CORAO, C., «El sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos», *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, vol. 8, 2000, pp. 43-59.

art. 1 el principio general de no discriminación¹⁵⁸, el art. 11 se refiere a la protección de la honra y de la dignidad¹⁵⁹ y el art. 24 dispone que «Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley¹⁶⁰». El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, el llamado Protocolo de San Salvador, adoptado en 1988 y en vigor desde 1999, incluye en el art. 3 una obligación de no discriminación¹⁶¹.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belem do Pará, adoptada en 1994 y en vigor desde 1995¹⁶², incluye expresamente, en su amplia definición de violencia del art. 2, el acoso sexual en el lugar de trabajo, en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar. El art. 6 reconoce, con carácter general, el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación¹⁶³. El acoso es definido como un atentado al derecho de toda mujer a una vida libre de violencia previsto en el art. 3. Esta definición no sólo supera a la incluida en la Convención CEDAW elaborada en el marco universal que se limita a la problemática de la discriminación, sino que, además, consolida el vínculo entre vio-

158. Siguiendo dicha disposición, «Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».
159. Según el art. 11, «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques».
160. Sobre el tratamiento de estos principios por la Comisión Interamericana y la CIDH, puede verse CELORIO, R. M., «The Case of Karen Atala and Daughters: Toward a Better Understanding of Discrimination, Equality, and the Rights of Women», *Cuny Law Review*, vol. 15, 2012, pp. 338 y ss.
161. Dispone este artículo que «Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».
162. BUSTAMANTE ARANGO, D. M., y VÁSQUEZ HENAO, P., «La Convención Belem do Pará: un balance de su aplicación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, a 16 años de su entrada en vigor», *loc. cit.*, p. 30.
163. Sobre esta Convención, véase TOLEDO, P., «Ley núm. 20.005 sobre acoso sexual en Chile», *Anuario de Derechos Humanos*, 2006, pp. 203-208.

lencia y discriminación¹⁶⁴ y supone formalizar normativamente el acoso dentro del concepto de violencia¹⁶⁵ y como expresión de un modelo de dominación¹⁶⁶.

La Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia establece en su art. 1 el concepto de discriminación¹⁶⁷ los motivos¹⁶⁸, la discriminación indirecta¹⁶⁹ y, también, la discriminación múltiple o agravada, entendida como «cualquier preferencia, distinción, exclusión o restricción basada, de forma concomitante, en dos o más de los motivos mencionados en el art. 1.1 u otros reconocidos en instrumentos internacionales que tenga por objetivo o efecto anular o limitar, el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes, en cualquier ámbito de la vida pública o privada»¹⁷⁰.

Por su parte, la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y formas conexas de intolerancia adoptada en junio de 2013, contiene en su art. 1 una definición de discriminación racial, incluyendo su

164. Se consolida el vínculo entre violencia hacia la mujer y discriminación (CELORIO, R. M., «The Case of Karen Atala and Daughters: Toward a Better Understanding of Discrimination, Equality, and the Rights of Women», *loc. cit.*, pp. 339-340).

165. BUSTAMANTE ARANGO, D. M., y VÁSQUEZ HENAO, P., «La Convención Belem do Pará: un balance de su aplicación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, a 16 años de su entrada en vigor», *loc. cit.*, p. 18.

166. La violencia «es producto de una combinación de factores personales, situacionales, relacionales y marco-estructurales que interactúan para conformar este sistema de dominación» (SAGOT, M., «Estrategias para enfrentar la violencia contra las mujeres: reflexiones feministas desde América Latina», *Athenea Digital*, núm. 14, 2008, pp. 215-217).

167. Discriminación es «cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes».

168. La discriminación puede estar basada «en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra».

169. Discriminación indirecta es «la que se produce, en la esfera pública o privada, cuando una disposición, un criterio o una práctica, aparentemente neutro es susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico, o los pone en desventaja, a menos que dicha disposición, criterio o práctica tenga un objetivo o justificación razonable y legítimo a la luz del derecho internacional de los derechos humanos».

170. SCHLACHTER, M., «The Prohibition of Age Discrimination in Labor Relations», *loc. cit.*, p. 437.

formulación indirecta¹⁷¹ y también la discriminación múltiple o agravada¹⁷². El art. 11 de ambas convenciones asume el compromiso de los Estados de considerar como agravantes aquellos actos que conlleven una discriminación múltiple. Con esta formulación se asume el principio de interseccionalidad en materia de no discriminación. El sistema americano constituye un avance por ello y por su temprana formulación normativa del acoso.

5.2.2. El sistema regional africano

En 1981, en el marco de la Organización para la Unidad Africana (OUA), se adopta la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. La Carta establece en su art. 2 un principio general de no discriminación¹⁷³ y en el art. 28, también, siguiendo el modelo característico africano, un deber de no discriminación a cargo de todo individuo¹⁷⁴. El art. 3 reconoce la igualdad ante la ley¹⁷⁵

171. En el art. 1, la Convención procede a definir la discriminación racial como «cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes. La discriminación racial puede estar basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico». Incluye asimismo la discriminación racial indirecta que es «la que se produce, en la esfera pública o privada, cuando una disposición, un criterio o una práctica, aparentemente neutro es susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico basado en los motivos establecidos en el art. 1.1, o los pone en desventaja, a menos que dicha disposición, criterio o práctica tenga un objetivo o justificación razonable y legítimo a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.
172. Se define como «cualquier preferencia, distinción, exclusión o restricción basada, de forma concomitante, en dos o más de los motivos mencionados en el art. 1.1 u otros reconocidos en instrumentos internacionales que tenga por objetivo o efecto anular o limitar, el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes, en cualquier ámbito de la vida pública o privada».
173. Siguiendo el art. 2, «Todo individuo tendrá derecho al disfrute de los derechos y libertades reconocidos y garantizados en la presente Carta sin distinción de ningún tipo como raza, grupo étnico, color, sexo, lengua, religión, opinión política o de otra índole, origen social y nacional, fortuna, nacimiento u otro *status*». Este principio se completa en el art. 18.3 al disponer que «el Estado se hará responsable de la eliminación de toda discriminación de la mujer y de la protección de los derechos de la mujer y del niño tal como se estipulan en las declaraciones y convenios internacionales».
174. Todo individuo tendrá el deber de respetar y considerar a sus semejantes sin discriminación, y de mantener relaciones encaminadas a promover, salvaguardar y fortalecer el respeto y la tolerancia mutuos.
175. Característico en el sistema africano es el art. 19 que establece que «Todos los pueblos serán iguales; todos disfrutarán del mismo respeto y tendrán los mismos derechos. Nada justificará la dominación de un pueblo por otro».

y el art. 5 el derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano¹⁷⁶. El art. 18.3 dispone que «el Estado se hará responsable de la eliminación de toda discriminación de la mujer y de la protección de los derechos de la mujer y del niño tal como se estipulan en las declaraciones y convenios internacionales»¹⁷⁷.

El Acto constitutivo de la Unión Africana (UA), sucesora en 2001 de la OUA, incluye en su art. 4 el principio de igualdad entre hombres y mujeres. Ese principio se concreta en dos instrumentos jurídicos: el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los derechos de las mujeres, adoptado en Maputo¹⁷⁸, el 11 de julio de 2003 y en vigor desde el 25 de noviembre de 2005¹⁷⁹, y la Declaración solemne sobre la igualdad entre los hombres y las mujeres en África de 2004¹⁸⁰.

El art. 1 del Protocolo de Maputo define la discriminación hacia la mujer como «any distinction, exclusion or restriction or any differential treatment based on sex and whose objectives or effects compromise or destroy the recognition, enjoyment or the exercise by women, regardless of their marital status, of human rights and fundamental freedoms in all spheres of life». El derecho a la dignidad, como núcleo inalienable donde convergen

176. Ese artículo dispone que «Todo individuo tendrá derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano y al reconocimiento de su *status* legal. Todas las formas de explotación y degradación del hombre, especialmente la esclavitud, el comercio de esclavos, la tortura, el castigo y el trato cruel, inhumano o degradante, serán prohibidos».

177. Sobre estas disposiciones puede verse VILJOEN, F., «An Introduction to the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa», *Washington and Lee Journal of Civil Rights and Social Justice*, vol. 16, núm. 1, 2009, pp. 18 y ss.; CHIRWA, D. M., «Reclaiming (Wo)manity: The Merits and Demerits of the African Protocol on Women's Rights», *Netherlands International Law Review*, vol. LIII, 2006, pp. 63-96 EBOKU, K. S. A., «A New Hope for African Women: Overview of Africa's Protocol on Women's Rights», *loc. cit.*, pp. 264-274; OCRAN, C., «The Protocol of African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa», *RADIC*, vol. 15, 2007, pp. 147-148; GAWAYA, R., y MUKASA, R., «The African women's protocol: A new dimension for women's rights in Africa», *loc. cit.*, pp. 45-50.

178. Sobre los antecedentes y el desarrollo de los instrumentos de protección de derechos humanos, incluido un análisis comparado de los mismos, véase VILJOEN, F., «An Introduction to the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa», *loc. cit.*, pp. 11-46; BANDA, F., «Blazing a Trail: the African Protocol on Women's Rights comes into force», *Journal of African Law*, vol. 10, núm. 1, 2006, pp. 72-74.

179. Sobre los motivos que explican su rápida entrada en vigor, véase OCRAN, C., «The Protocol of African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa», *loc. cit.*, pp. 147-148.

180. Sobre el Protocolo de Maputo, veáanse CHIRWA, D. M., «Reclaiming (Wo)manity: The Merits and Demerits of the African Protocol on Women's Rights», *loc. cit.*, pp. 63-96 EBOKU, K. S. A., «A New Hope for African Women: Overview of Africa's Protocol on Women's Rights», *loc. cit.*, pp. 264-274.

todos los derechos, se establece en los apartados 1 y 2 del art. 3 cuando afirma que toda mujer «shall have the right to dignity inherent in a human being and to the recognition and protection of her human and legal rights» y «shall have the right to respect as a person and to the free development of her personality»¹⁸¹.

5.2.3. El sistema europeo: el Consejo de Europa

El sistema europeo comparte con el universal y el americano el modelo de articulación normativa del principio de no discriminación en instrumentos generales y en convenios específicos por razón de las personas, las motivaciones materiales y los espacios. En realidad, en materia de protección de derechos y libertades, ese sistema se construye sobre la base de las acciones del Consejo de Europa y de la UE pero, en la medida en que esta última ha evolucionado como paradigma del modelo bipolar, en este apartado sólo se trata la primera de aquellas organizaciones¹⁸².

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) de 1950 es el instrumento normativo general que reconoce los principios de igualdad y no discriminación¹⁸³. El Protocolo núm. 12 al CEDH, adoptado en 2000 y en vigor desde 2005, establece en su art. 1 una prohibición general de discriminación con el objetivo de ampliar y reforzar este componente fundamental del modelo de protección de derechos y libertades. El CEDH no prohíbe expresamente el acoso pero consagra derechos que prohíben esas prácticas desde el derecho al respeto de la vida privada y familiar del art. 8, el derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes del art. 3 o el resto de los derechos y libertades reconocidos en el convenio, junto con el principio de no discriminación.

La Carta Social Europea de 1996 en su art. 20 garantiza el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón de sexo¹⁸⁴. Esa protección general se concreta

181. Sobre el Protocolo de Maputo, veáanse CHIRWA, D. M., «Reclaiming (Wo)manity: The Merits and Demerits of the African Protocol on Women's Rights», *loc. cit.*, pp. 75-76; GAWAYA, R., y MUKASA, R., «The African women's protocol: A new dimension for women's rights in Africa», *loc. cit.*, pp. 42-50.

182. Sobre el CEDH, puede consultarse REID, K., «A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights», 3rd edit., Thomson, Sweet&Maxwell, Londres, 2008.

183. Según el art. 14, «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».

184. Según esta disposición, «Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discrimi-

en instrumentos específicos¹⁸⁵, entre los que destaca el Convenio sobre la Prevención y la Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica firmado en Estambul en 2011, ratificado por España en abril de 2014 y que entra en vigor el 1 de agosto de 2014¹⁸⁶.

El Convenio de Estambul establece tres conceptos diferenciados¹⁸⁷: la «violencia contra las mujeres»¹⁸⁸, la «violencia doméstica»¹⁸⁹ y la «violencia contra las

minación por razón del sexo, las Partes se comprometen a reconocer ese derecho y a adoptar las medidas apropiadas para asegurar o promover su aplicación en los siguientes ámbitos: a) acceso al empleo, protección contra el despido y reinserción profesional; b) orientación y formación profesionales, reciclaje y readaptación profesional; c) las condiciones de empleo y de trabajo, incluida la remuneración; d) desarrollo profesional, incluida la promoción».

185. Entre ellos se encuentran los siguientes: la Convención marco sobre protección de las minorías nacionales, en vigor desde 1998, que en su art. 4 prohíbe toda discriminación basada en la pertenencia a una minoría nacional; la Convención europea sobre la Nacionalidad, en vigor desde 2000, que en su art. 2 especifica que esa expresión designa el vínculo jurídico entre una persona y un Estado y no indica el origen étnico de la persona mientras que el art. 5 establece el principio de no discriminación; la Convención sobre la trata de seres humanos en su art. 2.1, y la Convención sobre la Cibercriminalidad y su Protocolo Adicional.

186. Sobre este convenio, véanse ALIJA FERNÁNDEZ, R. A., «La violencia doméstica contra las mujeres y el desarrollo de estándares normativos de derechos humanos en el marco del Consejo de Europa», *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 24, 2011, pp. 34-36; USHAKOVA, T., «La aportación del nuevo Convenio del Consejo de Europa al debate sobre la violencia de género», *loc. cit.*, pp. 3 y ss.; MCQUIGG, R. J. A., «What potential does the Council of Europe Convention on Violence against Women hold as regards domestic violence?», *The International Journal of Human Rights*, vol. 16, núm. 7, 2012, pp. 948 y ss.

187. MCQUIGG, R. J. A., «What potential does the Council of Europe Convention on Violence against Women hold as regards domestic violence?», *loc. cit.*, p. 948.

188. Se define como «una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada». En este tipo de violencia destaca su calificación como violación de derechos y forma de discriminación. Esta definición reproduce el texto de la Recomendación Rec (2002) 5 del Comité de Ministros, de la Recomendación general núm. 19 del Comité CEDAW y del art. 1 de la Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación hacia la Mujer.

189. Este tipo comprende «todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima». Esta categoría incluye, básicamente, dos modalidades: la violencia dentro de la pareja y la violencia intergeneracional. Es una definición que se aplica indistintamente a víctimas y autores de ambos sexos y

mujeres por razones de género», entendida como toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecta a las mujeres de manera desproporcionada.

Las Estados asumen algunas obligaciones concretas en materia de lucha contra la discriminación¹⁹⁰ y el principio general mismo de no discriminación que ha de presidir la aplicación del Convenio de Estambul en el número 12 y en la jurisprudencia del TEDH¹⁹¹. Los Estados asumen, también, la obligación de adoptar medidas legislativas o de otra índole para tipificar como delito, siempre que se hayan cometido intencionadamente, dos modalidades de acoso: por una parte, el acoso definido en el art. 34 como «un comportamiento amenazador contra otra persona que lleve a ésta a temer por su seguridad» cuando se cometa en varias ocasiones; y, por otra parte, el acoso sexual entendido, siguiendo el art. 40, como «toda forma de comportamiento no deseado, verbal, no verbal o físico, de carácter sexual, que tenga por objeto o resultado violar la dignidad de una persona, en particular cuando dicho comportamiento cree un ambiente intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, sea castigado con sanciones penales u otro tipo de sanciones legales».

El régimen jurídico del acoso en este convenio muestra dos particularidades de conformidad con lo previsto en el art. 41 respecto del resto de las conductas incluidas en el convenio: primera, no se incluye la obligación de tipificar como delito cuando sea intencionada la asistencia, la complicidad y la tentativa en el caso del acoso sexual del art. 40; segundo, no se tipifica como delito cuando sea intencionada la tentativa, sino sólo la asistencia y la complicidad en el caso del acoso del art. 34.

abarca cualquier expresión de violencia con independencia de que la relación doméstica siga existiendo o ya se haya extinguido.

190. Siguiendo el art. 4, apartado 2, la acción de los Estados ha de suponer la adopción de medidas en una triple dirección: 1) la formalización jurídica por vía constitucional o legislativa del principio de igualdad entre mujeres y hombres y su aplicación efectiva; 2) la prohibición de la discriminación hacia la mujer que se puede hacer efectiva recurriendo a sanciones, y 3) la derogación de las leyes y prácticas discriminatorias contra la mujer.

191. En sus apartados 2 y 3, el art. 4 establece una doble obligación a cargo de los Estados proyectada *ad internum* y *ad externum*, en su ámbito interno y en el internacional cubierto por el Convenio y respecto de dos modalidades de discriminación. El apartado 2 establece la obligación de adoptar medidas internas prohibiendo y eliminando la discriminación hacia la mujer, por razón de sexo o por motivos de género, y el apartado 4 impone la obligación a cargo de los Estados de aplicar esta convención sin incurrir en discriminación por cualquiera de los motivos enunciados u otros, ya que se trata de una lista abierta, que no se limita sino que excede con mucho la cuestión de sexo o género.

5.3. EL DERECHO COMPARADO

La determinación del bien o bienes jurídicos protegidos mediante la tipificación del acoso constituye el núcleo de un amplio debate científico en el que, aunque hay un cierto consenso sobre su naturaleza pluriofensiva¹⁹², apenas se advierten mayores coincidencias a nivel normativo, jurisprudencial o doctrinal.

Esta situación se explica por varios motivos. En primer lugar, la construcción del acoso sobre la base del modelo de acoso sexual vertical en el trabajo¹⁹³ y su posterior traslación a otros supuestos diferentes por las motivaciones, la naturaleza de las relaciones y los espacios susceptibles de generar situaciones de acoso, han supuesto una continua redefinición del bien jurídico lesionado por el acoso y una diversificación y posterior especialización basada, fundamentalmente, en el motivo que justifica el acoso¹⁹⁴. En segundo lugar, las diferentes tradiciones, culturas y sistemas jurídicos condicionan necesariamente la construcción jurídica del acoso con carácter general. En tercer lugar, los procesos mismos de definición jurídica del acoso se han desarrollado mediante su formulación por vía jurisprudencial o normativa y, en este segundo caso, no siempre desde un único sector del ordenamiento jurídico en la medida en que pueden intervenir normas sociales, laborales, penales o de otra naturaleza en función del motivo de acoso, el lugar donde se produce y sus efectos.

El principio de no discriminación es el expediente utilizado para combatir el acoso en Estados Unidos¹⁹⁵ y, durante algún tiempo, también en UE, en gran medida, por tratarse de un principio vertebrador del proceso mismo de construcción europea. En su redacción originaria, el Tratado de Roma de 1957 contiene una disposición prohibiendo la discriminación por razón de sexo en el ámbito del empleo. Aunque se trata de evitar las ventajas competenciales desde el punto de vista del mercado común, y después interior, de la práctica de establecer condiciones menos ventajosas para la mujer, es el germen de un proceso en el que la prohibición de discriminación se extiende paulatinamen-

192. VICENTINE XAVIER, A., *La respuesta jurídica frente al acoso moral en el trabajo*, Tesis doctoral, Universidad de León, León, 2010-11, p. 75; MEDEIROS DE OLIVEIRA, F. P., *op. cit.*, pp. 154 y 240-244; DE VICENTE PACHÉS, F., «El acoso sexual y el acoso por razón de sexo desde la perspectiva del Derecho Internacional y el Derecho comunitario europeo», *loc. cit.*, pp. 83-120.
193. BARRÈRE UNZUETA, M. A., «El acoso sexual: una mirada a sus orígenes y a su evolución en la Unión Europea», *loc. cit.*, pp. 20 y ss.
194. Los bienes jurídicos protegidos se diversifican, más allá de la igualdad, la no discriminación y la dignidad, en ámbitos como la religión, la edad o el género (EBERHARD-HODGES, J., «Jurisprudencia reciente sobre acoso en el trabajo», *loc. cit.*, pp. 544 y ss).
195. LEROUGE, L., y HÉBERT, C., «The Law of Workplace Harassment of the United States, France, and the European Union: Comparative Analysis after the Adoption of France's New Sexual Harassment Law», *loc. cit.*, pp. 94 y ss.

te a más ámbitos hasta ser reconocida entre los componentes estructurales de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Desde los años noventa, en el marco de la UE se pone de manifiesto la necesidad de ampliar la prohibición de discriminación a otras motivaciones como la raza, la orientación sexual, la religión, la edad o la discapacidad, que se concreta en 2000 con la adopción de sendas directivas que combinan esa prohibición con el respeto del derecho a la dignidad humana, sentando las bases del tratamiento bipolar del acoso que inicialmente se considera un tipo específico, grave y peligroso de tratamiento discriminatorio y no tarda en calificarse como un atentado a la dignidad humana.

De este modo, el principio de no discriminación abre el camino hacia la defensa de la dignidad como bien jurídico protegido por tres motivos principales de naturaleza teórica y práctica: en primer lugar, la progresiva constatación de que existe discriminación cuando se produce un atentado contra la dignidad humana; en segundo lugar, la exigencia de comprobación comparativa que se produce en la determinación del acoso como ofensa al principio de no discriminación y que no es precisa cuando se trata de conceptuarlo como una ofensa a la dignidad desplazando el núcleo de atención desde el grupo al individuo y a sus derechos como ser humano individual y no como parte de un colectivo; y, finalmente, en términos pragmáticos, la evidencia de que «actions based on anti-discrimination laws are limited and can only be commenced if there is a nexus between the bullying behavior and some form of discriminatory treatment such as gender and race discrimination or sexual harassment»¹⁹⁶.

La evolución misma del acoso ha supuesto una acumulación y diversificación progresivas de los bienes jurídicos objeto de protección¹⁹⁷, en la que el protagonismo descansa sobre estas dos categorías fundamentales presentes en el acoso: el principio de no discriminación y la dignidad humana. La opción por una u otra (apartado 6) o la combinación de ambas mediante la denominada perspectiva bipolar¹⁹⁸ (apartado 7), traduce consecuencias jurídicas que,

196. SQUELCH, J., y GUTHRIE, R., «The Australian Legal Framework for Workplace Bullying», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 32, 2010-2011, p. 52.

197. VICENTINE identifica la dignidad, el derecho a la integridad, el derecho al honor, el derecho a la intimidad, el derecho a la igualdad y la no discriminación (VICENTINE XAVIER, A., *La respuesta jurídica frente al acoso moral en el trabajo*, *op. cit.*, pp. 78-96). La dignidad, el principio de igualdad y no discriminación, el derecho a la integridad, el derecho al honor y a la propia imagen, el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho al trabajo son los bienes jurídicos lesionados según Medeiros (MEDEIROS DE OLIVEIRA, F. P., *El acoso laboral*, *op. cit.*, pp. 153-240)

198. Sobre este proceso y la aportación de Lin FARLEY y Catherine MACKINNON, puede verse BARRÈRE UNZUETA, M. A., «El acoso sexual: una mirada a sus orígenes y a su evolución en la Unión Europea», *loc. cit.*, pp. 24 y ss.

por separado y en su conjunto, afectan a derechos, acciones, procedimientos, responsabilidades y sanciones.

6. LA DIALÉCTICA NO DISCRIMINACIÓN VERSUS DIGNIDAD

La doctrina entiende que el acoso es inaceptable porque viola la dignidad humana¹⁹⁹. La dignidad de la persona es un bien jurídico directamente comprometido en las situaciones de acoso moral²⁰⁰. Siguiendo a EHRENREICH, firme y convincente defensora de la perspectiva de la dignidad, «the most fundamental harm of sexual harassment is a dignitary harm: by humiliating, intimidating, tormenting, pressuring, or mocking individuals in their places of work, sexual harassment is an insult to the dignity, autonomy, and personhood of each victim; such harassment violates each individual's right to be treated with the respect and concern that is due to her as a full and equally valuable human being»²⁰¹. El epicentro de la conceptualización es, por tanto, el individuo, el ser humano. El acoso sexual, desde esta óptica, no necesita el apoyo de la discriminación que, para EHRENREICH sería «el contexto en el que tiene lugar el daño del acoso», pero no «la naturaleza del daño del acoso»²⁰².

199. SCHLACHTER, M., «The Prohibition of Age Discrimination in Labor Relations», *loc. cit.*, p. 437.

200. Ello explica «la preocupación tanto social como jurídica que el fenómeno del *mobbing* viene suscitando, pues al vulnerar la esencia misma del ser humano no puede considerarse en ningún caso ilícito menor. La reprobación tanto jurídica como moral del acoso tiene su fundamento en la degradación a la persona, y lo hace en el ámbito laboral, donde efectúa una actividad que distingue al humano del resto de seres y que pone en juego su carácter más espiritual, racional y superior (VICENTINE XAVIER, A., *La respuesta jurídica frente al acoso moral en el trabajo*, *op. cit.*, p. 76). Véase LIPPEL, K., «The Law of Workplace Bullying: An International Overview», *loc. cit.*, p. 10.

201. EHRENREICH, E., «Dignity and Discrimination: Toward a Pluralistic Understanding of Workplace Harassment», *The Georgetown Law Journal*, vol. 88, 1999, p. 16.

202. Siguiendo a EHRENREICH, «Scholarly discussion of sexual harassment tends to conflate two very different things: the nature of the harm of harassment, which is a dignitary harm, and the context in which the harm of harassment occurs, which is a context of discrimination. The excessive focus on the discriminatory context in which the workplace harassment of women occurs, which results from the heavy emphasis on Title VII, has tended to foster an essentialist conception of sexual harassment as a special "women's injury"; this conception, in turn, has fueled an antifeminist backlash against the very notion of sexual harassment.⁵ It is important to realize that workplace harassment, sexualized or non sexualized, injures the dignitary interests of individual harassment victims, regardless of their sex and regardless of the sex of their harassers. The workplace harassment of women is wrong not because women are women, but because women are human beings» (EHRENREICH, E., «Dignity and Discrimination: Toward a Pluralistic Understanding of Workplace Harassment», *loc. cit.*, pp. 3-4).

El proceso de construcción europea tiene entre sus componentes estructurales, desde sus inicios, el principio de no discriminación. Originariamente, no hay mención expresa a la dignidad, pero tanto el derecho derivado como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia incorporan el reconocimiento expreso de la dignidad que se introduce en la Carta Social Europea de 3 de mayo de 1996 e impregna la legislación europea²⁰³. La Carta de Derechos fundamentales de la UE, adoptada en 2000 y a la que el Tratado de Lisboa otorga fuerza jurídica obligatoria en 2009, incluye en su art. 1 el derecho a la dignidad²⁰⁴. La igualdad se reconoce en el art. 20, la igualdad entre hombres y mujeres en el art. 23 y el art. 21 establece la prohibición de discriminación²⁰⁵.

La combinación del principio de no discriminación con el respeto a la dignidad humana se impone a medida que evoluciona el propio proceso y, en ese contexto, la configuración normativa de la protección de derechos y libertades se distancia del modelo discriminatorio americano²⁰⁶. La dignidad como categoría jurídica no tiene la misma cabida en el sistema estadounidense. Ni en su Declaración de Independencia, ni en su Constitución incluyen referencias a la dignidad²⁰⁷. Por ello, «the United States does not recognize an equivalent claim to that of moral harassment as conceptualized in France. While harassment based on conduct that does not have a sexual connotation can be unlawful under the anti-discrimination laws, a claim of actionable harassment under those laws requires a discriminatory motivation based on or a connection with one of the

203. LIPPEL, K., «The Law of Workplace Bullying: An International Overview», *loc. cit.*, p. 10.

204. Según esta disposición, «La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida». Véase, al respecto, LEROUGE, L., y HÉBERT, C., «The Law of Workplace Harassment of the United States, France, and the European Union: Comparative Analysis after the Adoption of France's New Sexual Harassment Law», *loc. cit.*, pp. 102 y ss.

205. De acuerdo con esta disposición, «1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados».

206. «North American authors preoccupied with discriminatory harassment have criticized the European approach, suggesting that by regulating harassment in general, rather than discriminatory harassment, European legislators have trivialized or eclipsed the discriminatory nature of many incidents of harassment» (LIPPEL, K., «The Law of Workplace Bullying: An International Overview», *loc. cit.*, p. 11).

207. La dignidad tampoco aparecía antes expresamente en el texto constitucional francés y, de hecho, es un concepto generalizado a partir de la Segunda Guerra Mundial (LEROUGE, L., y HÉBERT, C., «The Law of Workplace Harassment of the United States, France, and the European Union: Comparative Analysis after the Adoption of France's New Sexual Harassment Law», *loc. cit.*, pp. 116-117).

relatively narrow characteristics protected by those laws. Harassment for other reasons does not come within the scope of anti-discrimination laws and therefore cannot be pursued under those statutes»²⁰⁸. En efecto, «harassment law in the United States developed from the anti-discrimination laws and harassment is generally actionable in the United States only if it is discriminatory»²⁰⁹. En cambio, siguiendo a LIPPEL, «those countries where workers' right to dignity is consecrated in the Constitution, as in Spain and Chile, appear to provide more accessible remedies to targets of bullying than in those where the Civil Code (Germany) or tort law (United States, Australia) are the primary roads to court»²¹⁰.

La tendencia está, sin embargo, en la línea de evolución del sistema europeo²¹¹. Frente al modelo americano y desde la aprobación de la *Prevention of Sexual Harassment Law*, en 1998, en Israel se ha producido una reconceptualización del acoso sobre la base del concepto de dignidad²¹². Así, «instead of associating sexual harassment exclusively with sex-based discrimination, as is prevalent in the United States, the new Israeli law proclaims that sexual harassment violates, first and foremost, human dignity. Along with liberty and privacy, the law refers to equality between sexes as an alternative rather than exclusive social value that is relevant to understanding the underlying wrongs inherent in sexual harassment»²¹³. En el caso de Israel, «their decision to emphasize sexual harassment's harm to human dignity, rather than its harm to equality, was due to pragmatic as well as substantive reasoning»²¹⁴. La igualdad no es un derecho constitucional completamente

208. LEROUGE, L., y HÉBERT, C., «The Law of Workplace Harassment of the United States, France, and the European Union: Comparative Analysis after the Adoption of France's New Sexual Harassment Law», *loc. cit.*, pp. 111-112.
209. LEROUGE, L., y HÉBERT, C., «The Law of Workplace Harassment of the United States, France, and the European Union: Comparative Analysis after the Adoption of France's New Sexual Harassment Law», *loc. cit.*, p. 114.
210. LIPPEL, K., «The Law of Workplace Bullying: An International Overview», *loc. cit.*, pp. 1-10.
211. Los defensores del universalismo en materia de protección de los derechos «move away from equality-based justifications toward norms such as civility, dignity, liberty, and citizenship» (CLARKE, J. A., «Beyond Equality? Against the Universal Turn in Workplace Protections?», *Indiana Law Journal*, vol. 86, 2011, p. 1223).
212. La redacción de la ley está inspirada en la legislación de otros países ejemplificando un proceso de *cross-fertilization* entre sistemas jurídicos (BARAK-EREZ, D., y KOTHARI, J., «When Sexual Harassment Law Goes East: Feminism, Legal Transplantation, and Social Change», *Stanford Journal of International Law*, vol. 47, 2011, pp. 183).
213. RIMALT, N., «Stereotyping Women, Individualizing Harassment: The Dignitary Paradigm of Sexual Harassment Law Between the Limits of Law and the Limits of Feminist», *Yale Journal of Law and Feminism*, vol. 19, 2007-2008, p. 392; BARAK-EREZ, D., y KOTHARI, J., «When Sexual Harassment Law Goes East: Feminism, Legal Transplantation, and Social Change», *loc. cit.*, pp. 175-197.
214. Sobre esos motivos véase RIMALT, N., «Stereotyping Women, Individualizing Harassment: The Dignitary Paradigm of Sexual Harassment Law Between the Limits of Law and the Limits of Feminist», *loc. cit.*, pp. 404 y ss.

reconocido, por la influencia de los partidos judíos ortodoxos, mientras que el derecho a la dignidad ha ganado *status* constitucional. A ello se suma un problema terminológico. En hebreo, no hay distinción entre las expresiones honor, respeto y dignidad porque todas responden a un mismo término, *kavod*, que, al admitir esos tres contenidos, permite obtener un paradójico consenso entre posiciones tan opuestas como las patriarcales de los ortodoxos centradas en el honor y las igualitarias de los movimientos feministas en torno a la dignidad²¹⁵.

En India se ha producido también un cambio de paradigma desde la igualdad al derecho a la dignidad y la libertad en la definición jurídica del acoso²¹⁶. La trayectoria del acoso en este país y en Israel es significativa y apreciable por dos motivos compartidos: son sistemas jurídicos basados en las tradiciones constitucionales occidentales y son contextos sociales tradicionales y multiculturales²¹⁷. China, mencionada por la excepcionalidad característica de su sistema jurídico, reconoce en su jurisprudencia la dignidad como el bien jurídico lesionado por el acoso²¹⁸.

En la dialéctica «no discriminación *versus* dignidad» concurren varios discursos a favor o en contra de una u otra categoría. En primer lugar, el principio de no discriminación constituye el marco jurídico originario y más extenso y consolidado jurídicamente porque es un principio inscrito en los textos constitucionales y en las legislaciones nacionales y formalizado, en general y en la mayoría de sus dimensiones concretas, mediante instrumentos jurídicos universales y regionales en materia de derechos humanos y en otros ámbitos, siendo ésta una circunstancia que se traduce en un mayor y más amplio grado de protección y garantía de la efectividad de ese principio. La dignidad no tiene un reconocimiento tan amplio y generalizado, ni tampoco idénticas garantías a nivel internacional o interno, a pesar de ser no sólo un derecho sino, también, un valor y un principio y el núcleo inalienable en el que confluyen el conjunto de los derechos y libertades de la persona. En segundo término, el principio de no discriminación traduce una perspectiva colectiva o grupal de los derechos frente a

215. Sobre esos motivos véase RIMALT, N., «Stereotyping Women, Individualizing Harassment: The Dignitary Paradigm of Sexual Harassment Law Between the Limits of Law and the Limits of Feminist», *loc. cit.*, pp. 410 y ss.

216. Sobre este proceso basado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde el asunto *Vishaka*, en cuyo contexto se invoca la Convención CEDAW y la Recomendación número 19 del Comité CEDAW, véanse BARAK-EREZ, D., y KOTHARI, J., «When Sexual Harassment Law Goes East: Feminism, Legal Transplantation, and Social Change», *loc. cit.*, pp. 175-197. Véase, asimismo, SRIVASTAVA, D. K., y MINKANG, G., «Law and Policy Issues on Sexual Harassment in China: Comparative Perspectives», *Oregon Review of International Law*, vol. 11, 2009, pp. 62 y ss.

217. BARAK-EREZ, D., y KOTHARI, J., «When Sexual Harassment Law Goes East: Feminism, Legal Transplantation, and Social Change», *loc. cit.*, p. 177.

218. SRIVASTAVA, D. K., y MINKANG, G., «Law and Policy Issues on Sexual Harassment in China: Comparative Perspectives», *loc. cit.*, pp. 49 y ss.

la dignidad que responde a una perspectiva esencialmente individualista. En tercer lugar, el principio de no discriminación obliga a operar mediante el parámetro de la comparación, esto es, la identificación del trato diferenciado, mientras que la dignidad ofrece una protección jurídica individualizada de la persona, al tiempo que globalizadora en su contenido por cuanto es el eje aglutinador del conjunto de sus derechos y libertades. En cuarto lugar, el principio de no discriminación no ofrece cobertura contra toda modalidad de acoso, sino sólo frente al acoso discriminatorio que se produce por referencia al colectivo y tras la apreciación de una diferenciación no justificada por el principio de proporcionalidad u otros. No todo acoso es discriminación ni toda discriminación es acoso²¹⁹. Como explica Vicentine, «El acosador puede actuar sin atacar las condiciones personales del trabajador, con el único objetivo de tornar el ambiente de trabajo insoportable y crear un entorno laboral hostil y degradante»²²⁰. Por último, la vulneración del principio de no discriminación constituye un atentado a la dignidad humana, mientras que una ofensa a la dignidad no implica necesariamente una afectación del principio de no discriminación. La dignidad, no obstante, puede plantear problemas conceptuales cuando se vincula a la noción de honor como ocurre en Israel y en el sistema regional americano y, obviamente, no resulta operativa cuando carece de formalización normativa. La combinación de ambas categorías es el fundamento de la perspectiva de la bipolaridad.

7. LA PERSPECTIVA DE LA BIPOLARIDAD

La determinación del bien jurídico protegido mediante la tipificación del acoso obedece originariamente a un modelo monolítico articulado en torno al principio de no discriminación que, en su evolución, desde una perspectiva cuantitativa, se muestra incapaz de albergar omnicomprendivamente la totalidad de las manifestaciones de acoso y, desde una perspectiva cualitativa, tampoco es capaz de apreciar y aglutinar la pluralidad de bienes jurídicos que pueden verse afectados por una situación de acoso. La perspectiva de la bipolaridad, como alternativa a ese modelo, no ha de suponer en sentido estricto la restricción de

219. No es correcto confundir los conceptos de acoso y discriminación. Las normas «otorgan relevancia al fenómeno del acoso como instrumento de una conducta discriminatoria, cuando concurren en el acosado determinadas circunstancias personales, en cuyo caso, en la definición de las Directivas, únicamente será necesaria la prueba de la conducta y del propósito o consecuencia para que se considere discriminatoria la conducta; prueba evidente de que ambos conceptos no son coincidentes. Aun cuando confluyan en algunos puntos, como son la creación de un entorno hostil o la afectación a la dignidad de la persona, no por ello dejan de ser fenómenos diferenciados y conceptualmente distintos» (VICENTINE XAVIER, A., *La respuesta jurídica frente al acoso moral en el trabajo*, op. cit., p. 31).

220. VICENTINE XAVIER, A., *La respuesta jurídica frente al acoso moral en el trabajo*, op. cit., p. 30.

los bienes jurídicos afectados a esas dos categorías dominantes, la no discriminación y la dignidad, por dos motivos: de un lado, la afectación de la primera se considera una ofensa a la segunda y, de otro lado, la dignidad es una categoría capacitada para asumir globalmente y polarizar el conjunto de derechos potencialmente lesionados por el acoso en sus distintas modalidades.

La perspectiva bipolar se encuentra ya inscrita en los instrumentos jurídicos internacionales que hacen mención a la dignidad aun cuando centran su atención en la lesión del principio de no discriminación. El marco principal de evolución de ese planteamiento se sitúa en el marco de la UE²²¹. La normativa comunitaria ha evolucionado en una triple dirección hacia la calificación del acoso sexual como una subespecie dentro del acoso general²²², hacia interseccionalidad en los motivos²²³ y hacia la bipolaridad en los bienes jurídicos objeto de protección²²⁴. Aunque en el ordenamiento jurídico europeo, el acoso es objeto de atención en el marco de las normas sobre derechos humanos, en materia de salud y seguridad de los trabajadores y en el ámbito de la política social y de empleo, es en este último contexto donde se aprecia mejor la calificación del acoso desde la perspectiva de la bipolaridad construida sobre los principios de no discriminación y el derecho a la dignidad.

Los primeros antecedentes sobre el acoso se sitúan en la Recomendación 84/635/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer fundada en el principio de no discrimina-

221. En suma, «la regulación comunitaria del acoso laboral se divide en tres momentos. En un primer momento, marcado por la Resolución de 11 de junio de 1986, por la Resolución 90/C y por la Recomendación 92/131/CEE, las normas comunitarias se han limitado a regular una modalidad de hostigamiento en el trabajo, el acoso sexual. En un segundo momento, las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE tratan el acoso laboral como categoría genérica de presión laboral injustificada al abordarlo de forma independiente del hostigamiento sexual, lo que obliga a los Estados miembros a establecer mecanismos de tutela capaces de cohibir el hostigamiento como género de presión laboral. En un tercer momento, la Directiva 2002/73/CE, en la medida en que trata el acoso sexual y laboral en el mismo artículo, enfoca este último como género del cual el hostigamiento sexual es una especie, o sea, una de las medidas acosadoras que puede ser utilizada para hostigar al trabajador en el entorno laboral» (MEDEIROS DE OLIVEIRA, F. P., *El acoso laboral*, *op. cit.*, p. 8).
222. En efecto, «se impone tratar el hostigamiento sexual no como una categoría independiente, sino como una especie del género acoso laboral, de manera que la lucha contra el acoso sexual en el trabajo debe ser planteada como un paso más para combatir el acoso laboral» (MEDEIROS DE OLIVEIRA, F. P., *El acoso laboral*, *op. cit.*, pp. 8-9).
223. Véase LOMBARDO, E., y ROLANDSEN AGUSTÍN, L., «Framing Gender Intersections in the European Union: What Implications for the Quality of Intersectionality in Politics?», *Social Politics*, vol. 19, núm. 4, 2011, pp. 482-512.
224. Sobre el acoso en la UE, puede consultarse el documento *Workplace Violence and Harassment: a European Picture*, publicado en 2010 por la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo.

ción por razón de sexo que apela al respeto de la dignidad de la mujer en el trabajo²²⁵. La Resolución de 11 de junio de 1986 del Parlamento Europeo, además de hacer un llamamiento a los Estados para conseguir una definición de acoso, considera que se trata de una lesión al principio de igualdad pero incorpora el concepto de dignidad junto con otras categorías que permiten calificar el acoso como una acción pluriofensiva²²⁶. La Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo reconoce el vínculo entre acoso y discriminación²²⁷.

Tras una primera etapa focalizada en el principio de no discriminación²²⁸, el concepto de dignidad es objeto de un impulso decisivo en el Informe Rubenstein²²⁹, que conduce a la Resolución 90/C de 29 de mayo de 1990 del Consejo²³⁰, donde se reconoce el acoso sexual como una violación de la dignidad, y a la Recomendación 92/131/CE de la Comisión, de 27 de noviembre de 1991, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo²³¹, que se acompaña del Código

225. RIMALT, N., «Stereotyping Women, Individualizing Harassment: The Dignitary Paradigm of Sexual Harassment Law Between the Limits of Law and the Limits of Feminist», *loc. cit.*, pp. 395 y ss.

226. Medeiros extrae dos conclusiones de esta resolución parlamentaria: «La primera que el hostigamiento sexual en el trabajo supone una limitación injustificada de la capacidad de autodeterminación de la persona y, en especial, de la mujer, generando, por consiguiente, una discriminación por razón de sexo. La segunda conclusión que se extrae de la referida norma es que, al demostrar una necesidad de armonización de las legislaciones nacionales respecto al chantaje sexual, la preocupación comunitaria se limita a dicha modalidad de acoso sexual, dejando de mencionar el hostigamiento sexual ambiental» (MEDEIROS DE OLIVEIRA, F. P., *El acoso laboral*, *op. cit.*, pp. 252-253). Véase LEROUGE, L., y HÉBERT, C., «The Law of Workplace Harassment of the United States, France, and the European Union: Comparative Analysis after the Adoption of France's New Sexual Harassment Law», *loc. cit.*, pp. 100 y ss.

227. LEROUGE, L., «Moral Harassment in the Workplace: French Law and European Perspectives», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 32, 2010-2011, pp. 137 y ss.

228. Sobre la aplicación de este principio, véanse ANAGNOSTOU, D., y MILLNS, S., «Gender Equality, Legal Mobilization, and Feminism in a Multilevel European System», *loc. cit.*, pp. 115-131.

229. El Informe Rubenstein, titulado *La dignidad de la mujer en el trabajo. Informe sobre el problema del acoso sexual en los Estados miembros de las Comunidades Europeas*, publicado en 1987 caracteriza el acoso como una afrenta a la dignidad y una discriminación fundada en el sexo contraria a las disposiciones del art. 5, párrafo 1º, de la Directiva 76/207/CEE.

230. La resolución «considera como inaceptable determinadas conductas no deseadas de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo. La Resolución caracteriza inicialmente las conductas de naturaleza sexual que constituyen una violación intolerable a la dignidad de los trabajadores y, sólo posteriormente, al determinar cuáles son las conductas consideradas inaceptables, añade los requisitos que las conductas de naturaleza sexual deben cumplir para ser consideradas como acosadoras» (MEDEIROS DE OLIVEIRA, F. P., *El acoso laboral*, *op. cit.*, pp. 255-256).

231. Esta Recomendación, que sigue los parámetros de la resolución previa del Consejo, tiene un doble valor porque sienta las bases para la definición legal de acoso y se acompaña del

de Conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual²³². La Declaración del Consejo de 19 de diciembre de 1991 relativa a la aplicación de esa Recomendación y del Código de Conducta también traslada esa dualidad del acoso como atentado a la dignidad y contrario al principio de igualdad en los términos reconocidos en la Directiva 76/207/CEE (arts. 3, 4 y 5)²³³. La Comunicación de la Comisión de 24 de julio de 1996, relativa a la consulta de los interlocutores sociales sobre la prevención del acoso sexual en el trabajo reconoce que es un ataque a la dignidad del individuo y un obstáculo para la productividad y el buen funcionamiento del mercado.

La Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico establece en su art. 2.3 que «El acoso constituirá discriminación a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con el origen racial o étnico que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante, u ofensivo»²³⁴. No hay una definición de la expresión «origen racial o étnico»,

Código de Conducta (MEDEIROS DE OLIVEIRA, F. P., *El acoso laboral, op. cit.*, p. 4).

232. MEDEIROS llega a dos conclusiones a propósito de este Código: «La primera, consiste en que hay un tipo amplio de conductas de naturaleza sexual a la que se denomina «atención sexual». La segunda conclusión importante es que la atención sexual se convierte en acoso sexual cuando la conducta acosadora es indeseada y/o ofensiva. Y la última conclusión reside en que, mientras el párrafo 2 del art. 2 establece criterios objetivos para evaluar la ofensividad, el párrafo 3 crea un criterio subjetivo para la evaluación de dicho elemento, que consiste en la manifestación del rechazo de la víctima, de lo que deriva una confusión semántica en lo que concierne al alcance de los términos indeseado y ofensivo» (MEDEIROS DE OLIVEIRA, F. P., *El acoso laboral, op. cit.*, p. 259). Según la autora, la finalidad del Código es «establecer que tanto los comportamientos humanos que fueron rechazados por la víctima, es decir, los que son considerados ofensivos desde el punto de vista subjetivo (indeseado), como los actos aislados o que no fueron rechazados de la manera adecuada, teniendo en consideración la relación de subordinación que se establece en las relaciones laborales, son considerados acoso sexual laboral, sin que sea necesaria la presencia conjunta del ofensivo desde el punto de vista subjetivo (indeseado) y del ofensivo desde el punto de vista objetivo (la gravedad)» (*ibidem*, p. 294).

233. En el Código de conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual que es anexo a la Recomendación 92/131/CEE ya citada, en virtud de la invocación de la dignidad como bien jurídico fundamental a proteger frente al acoso, no sólo se plasma la bilateralidad («El acoso sexual es la conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo», énfasis añadido) sino que se enfatiza («Los hombres también pueden padecer el acoso sexual y, por supuesto, deberían tener el mismo derecho que las mujeres a la protección de su dignidad»).

234. Sobre esta Directiva, véanse BRENNAN, F., «The European Race Directive: A Bridge so Far?», *loc. cit.*, pp. 143-164; VICENTINE XAVIER, A., *La respuesta jurídica frente al acoso moral en el trabajo, op. cit.*, pp. 25-26.

razón por la cual el sentido de esta expresión ha de conformarse atendiendo a la jurisprudencia del TJUE y del TEDH que ha incluido la lengua, la religión, la nacionalidad y la cultura como factores incluidos en el concepto de raza. La Directiva, que cumple una doble función normativa y educativa, se articula sobre el principio de no discriminación y sobre el concepto de dignidad²³⁵.

La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación²³⁶, dispone en el art. 2.3 que el acoso constituirá discriminación «cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con alguno de los motivos indicados en el art. 1 [religión o convicciones, discapacidad, edad, orientación sexual] que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante y ofensivo». Esta definición está basada en el concepto de dignidad y en la creación de un ambiente hostil²³⁷. El Parlamento Europeo, en su Resolución 2001/2339, de 20 de septiembre de 2001, sobre el acoso moral en el lugar de trabajo no ofrece una definición del fenómeno²³⁸, pero procede también a catalogarlo como causa de discriminación y como mecanismo de defensa del respeto de la dignidad del trabajador²³⁹.

235. Según BRENNAN, el art. 2.3 debe interpretarse en el sentido de que «racial or ethnic harassment will be recognised as covered by the Directive only where is connected with racial or ethnic discrimination, rather than where it is a manifestation of racism per se since paragraph 1 requires that the Directive «is to lay down a framework for combating discrimination» (BRENNAN, F., «The European Race Directive: A Bridge so Far?», *loc. cit.*, p. 149).

236. Estas Directivas del año 2000 han sido transpuestas en España mediante la Ley 51/2003, sobre igualdad de oportunidad y no discriminación de las personas con discapacidad, y la Ley 62/2003, de Medidas Administrativas, Fiscales, y del Orden Social. Sobre la transposición de esas Directivas véase RIVAS VALLEJO, P., *La prevención de los riesgos laborales de carácter psicosocial*, Comares, Granada, 2009. Sobre la aplicación de esas Directivas véase MEENAN, H., «Age Discrimination and the Future Development of Elder Rights in the European Union: Walking Side by Side or Hand in Hand?», *loc. cit.*, pp. 77-83.

237. Como explica VICKERS, «the question to be determined is not whether the victim has been treated badly in comparison with someone of a different or race, but whether her dignity has been violated by the behavior» (VICKERS, L., «Is All Harassment Equal? the Case of Religious Harassment», *loc. cit.*, p. 581). Véanse, asimismo, VICENTINE XAVIER, A., *La respuesta jurídica frente al acoso moral en el trabajo*, *op. cit.*, pp. 25-26; VICKERS, L., «Religious Discrimination in the Workplace: An Emerging Hierarchy?», *loc. cit.*, pp. 280-303.

238. Sin abordar su definición, el PE pone de manifiesto la importancia de regular el acoso (VICENTINE XAVIER, A., *La respuesta jurídica frente al acoso moral en el trabajo*, *op. cit.*, p. 28).

239. Esta resolución «caracteriza el hostigamiento en el trabajo como una causa de discriminación, pues considera que donde se producen más casos de acoso moral es en los trabajos con mucha tensión, un tipo de trabajo que realizan más frecuentemente las mujeres que los hombres, así como en los trabajos con un mayor grado de competitividad, menor estabilidad en el empleo y que presentan una situación laboral precaria.

La Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo, mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, subraya la diferencia entre el acoso relacionado con el sexo y el acoso sexual considerando ambos como una discriminación por razón de sexo que está prohibida²⁴⁰. El primero se define como «la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo». Por su parte, el acoso sexual es «la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo». Los componentes constitutivos del acoso son: un comportamiento verbal, no verbal o físico; la naturaleza sexual de dicho comportamiento; el carácter no deseado, y el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona afectada.

Las Directivas 2000/43/CE, 2000/78/CE y 2002/73/CE²⁴¹ consideran el acoso un hecho constitutivo de discriminación y un atentado a la dignidad²⁴². Siguiendo a VICENTINE, presentan elementos comunes en la caracterización del acoso: «en primer lugar, las conductas quedan caracterizadas como comportamientos no deseados relacionados con las características personales; es decir, el origen racial o étnico, la religión o las convicciones,

Esto permite enmarcar la lucha contra el acoso laboral en el ámbito de la labor de mejorar la calidad y las relaciones sociales en el trabajo, contribuyendo a prevenir la exclusión social, lo que conlleva el reconocimiento de que la tutela del acoso moral funciona como un mecanismo de defensa del respeto de la dignidad del trabajador» (MEDEIROS DE OLIVEIRA, F. P., *El acoso laboral, op. cit.*, p. 69).

240. En su exposición de motivos, apartado 8, se afirma que «El acoso relacionado con el sexo de una persona y el acoso sexual son contrarios al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres; por ello conviene definir dichos conceptos y prohibir dichas formas de discriminación. Con este objetivo, debe hacerse hincapié en que dichas formas de discriminación se producen no sólo en el lugar de trabajo, sino también en el contexto del acceso al empleo y a la formación profesional, durante el empleo y la ocupación».

241. Como consecuencia de la adopción de las Directivas europeas 2000/78 y 2000/43, la doctrina considera que establecen «a hierarchy of protection in the EU, with race and sex at the pinnacle and age at the bottom» (MEENAN, H., «Age Discrimination and the Future Development of Elder Rights in the European Union: Walking Side by Side or Hand in Hand?», *loc. cit.*, p. 79).

242. MEDEIROS DE OLIVEIRA, F. P., *El acoso laboral, op. cit.*, pp. 73-74.

la discapacidad, la edad, la orientación sexual o el sexo de la persona; en segundo lugar, las conductas deben atentar contra la dignidad de la persona, y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo»²⁴³.

La Directiva del Consejo 2004/113/CE de 13 de diciembre de 2004 por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro y la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación²⁴⁴, reproducen literalmente las definiciones de acoso y acoso sexual y reiteran su calificación como atentado al principio de no discriminación y como violación de la dignidad²⁴⁵. Esos mismos parámetros se recogen en la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo. El Acuerdo marco europeo sobre acoso y violencia en el lugar de trabajo, de 26 de abril de 2007, identifica como bien jurídico protegido, ya en su introducción, «El respeto mutuo por la dignidad de los demás a todos los niveles dentro del lugar de trabajo es una de las características dominantes de las organizaciones con éxito. Por eso el acoso y la violencia son inaceptables».

243. Entre las críticas a esta formulación destacan dos: la necesidad de no confundir acoso y discriminación y el no condicionar la existencia de acoso moral solamente a aquellos comportamientos hostigadores relacionados con una condición personal de la víctima, porque ello supone ignorar «actuaciones acosadoras que no mantienen ninguna relación con dicha condición pero mediante las que se pretende eliminar al trabajador de la empresa; el acosador puede actuar sin atacar las condiciones personales del trabajador, con el único objetivo de tornar el ambiente de trabajo insostenible y crear un entorno laboral hostil y degradante» (VICENTINE XAVIER, A., *La respuesta jurídica frente al acoso moral en el trabajo*, *op. cit.*, pp. 30-31).
244. En el apartado 6 de su exposición de motivos dispone que «El acoso y el acoso sexual son contrarios al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y constituyen discriminación por razón de sexo a efectos de la presente Directiva. Dichas formas de discriminación se producen no sólo en el lugar de trabajo, sino también en el contexto del acceso al empleo, a la formación profesional y a la promoción. Por consiguiente, se deben prohibir estas formas de discriminación y deben estar sujetas a sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias».
245. LEROUGE, L., «Moral Harassment in the Workplace: French Law and European Perspectives», *loc. cit.*, pp. 145; VICENTINE XAVIER, A., *La respuesta jurídica frente al acoso moral en el trabajo*, *op. cit.*, pp. 29-30.

La normativa europea tiende progresivamente a privilegiar el enfoque de la dignidad²⁴⁶, como consecuencia de una evolución con diversas motivaciones²⁴⁷, sin desconocer la presencia del principio de no discriminación. Las interpretaciones doctrinales no son, sin embargo, coincidentes. Para VICENTINE, «el diseño del acoso moral presente en las Directivas aparece austeramente vinculado a la protección antidiscriminatoria, lo que presupone la concurrencia en la conducta acosadora de algunas de las causas de discriminación explícitamente señaladas. En las definiciones anunciadas, el acoso se concibe como un instrumento de discriminación que, eventualmente, puede concurrir con otros en la puesta en práctica de la voluntad o intención de discriminar, que es la finalidad última del autor de la conducta»²⁴⁸. BARRÈRE considera que «la referencia a la dignidad, en tanto centrada en la individualidad, carece de virtualidad explicativa del acoso sexual entendido como fenómeno grupal y sistémico y, con ello, como punto de partida válido para su comprensión y prevención». En su opinión, «el acoso sexual, aun cuando pueda concebirse también como un ataque a la dignidad humana, encuentra su explicación en (la violencia propia de) el sistema de subdiscriminación sexo-género, que se manifiesta también en el trabajo, donde, eso sí, adquirirá formas específicas»²⁴⁹.

8. CONCLUSIONES

El análisis del acoso desde una perspectiva internacional y comparada contribuye a su definición como concepto y como categoría jurídica.

Desde sus orígenes conectados al acoso sexual descendente en el lugar de trabajo hasta el momento actual, el acoso ha evolucionado y se ha diversificado de manera que, en realidad, confluyen en ese término una multiplicidad

246. Las consecuencias de adoptar este enfoque frente al de la igualdad son importantes. Como bien sintetiza BAER en su estudio doctrinal, el enfoque basado en la dignidad «es proclive a individualizar la conducta, a privilegiar la perspectiva del perpetrador, a conceptualizar a los seres humanos como sujetos autónomos, sin tomar en consideración las jerarquías sociales en el trabajo, e ignora la función de la sexualidad en la discriminación de género. Un enfoque basado de manera sistémica (*systematically*) en la igualdad, por el contrario, reconocería el daño de la discriminación en su contexto social, aceptaría la sexualización como un instrumento de la discriminación sexual, y usaría estándares objetivos y sensitivos a las víctimas en lugar de seguir el punto de vista del perpetrador».

247. Sobre esos motivos destacan dos: las singularidades y diferencias culturales que hacen de la dignidad un valor característico de la Europa continental y un menor conocimiento del vínculo entre acoso y discriminación (RIMALT, N., «Stereotyping Women, Individualizing Harassment: The Dignitary Paradigm of Sexual Harassment Law Between the Limits of Law and the Limits of Feminist», *loc. cit.*, pp. 396-397).

248. VICENTINE XAVIER, A., *La respuesta jurídica frente al acoso moral en el trabajo*, *op. cit.*, p. 31.

249. BARRÈRE UNZUETA, M. A., «El acoso sexual: una mirada a sus orígenes y a su evolución en la Unión Europea», *loc. cit.*, p. 48.

de conceptos designando situaciones parcialmente similares pero diferentes en sus sujetos, motivos, espacios y fines. Se trata de un fenómeno plural, multiforme y multidimensional por las razones que lo justifican, por los sujetos implicados y la naturaleza de sus relaciones, por los bienes jurídicos que está capacitado para lesionar y por el contexto físico espacial en que tiene lugar esa conducta. Consecuentemente con ello, es difícil identificar caracteres comunes en todos y cada uno de los componentes del acoso como categoría jurídica y en su definición normativa. Hay, sin embargo, dos parámetros principales de evolución del acoso en la normativa internacional y comparada que pueden contribuir a su caracterización: la delimitación de su objeto y la determinación del bien jurídico protegido mediante la lucha contra el acoso.

En cuanto a la delimitación de su objeto, la normativa internacional y comparada ha evolucionado desde su formulación inicial centrada en el acoso sexual hasta la introducción del género y de otras razones (raza, etnia, religión o edad, entre otras) atraídas hacia ese concepto por su definición como atentado al principio de no discriminación. Una vez articulado jurídicamente como una acción contraria a los principios de igualdad y no discriminación y, en el plano metajurídico, como una expresión de dominación, el acoso incorpora en su contenido otras causas de discriminación, distintas del sexo y expresivas de sistemas o modelos de dominación de otra naturaleza. El proceso conduce no sólo a la formulación material de nuevos motivos de acoso sino, también, a un replanteamiento de esta categoría cuando concurren dos o más motivos capacitados para coexistir sumados aritméticamente o multiplicados en progresión geométrica en función de las causas y de los efectos del acoso. Esta aproximación metodológica al acoso mediante la denominada perspectiva de la interseccionalidad responde a las necesidades derivadas de la propia evolución del acoso, permite superar el modelo monolítico y unidireccional original y se consagra en normas internacionales en el marco de las Naciones Unidas y en determinados sistemas regionales como el americano.

En cuanto a la determinación del bien jurídico del acoso, el protagonista inicial es el principio de no discriminación que, sin embargo, por no estar capacitado para explicar el acoso no discriminatorio, se ve relativamente desplazado por el concepto de dignidad humana y por los restantes bienes jurídicos que pueden resultar lesionados en el marco de los nuevos motivos que se adicionan al acoso. La combinación del derecho a la dignidad y del principio de no discriminación supone la introducción de la denominada perspectiva de la bipolaridad que tiene su expresión fundamental en el derecho de la UE pero también en el derecho comparado como demuestran los casos de Israel y la India.

En su evolución, desde el punto de vista material, el acoso evoluciona a partir del modelo originario centrado en el motivo sexual hasta el nuevo paradigma de la interseccionalidad y, atendiendo al bien jurídico protegido, progresa desde

su calificación como una acción contraria al principio de no discriminación, hasta su calificación como una conducta pluriofensiva consagrada jurídicamente desde la perspectiva bipolar que incorpora también el concepto de dignidad.

BIBLIOGRAFÍA

ACEVEDO, D., VÁGIL, Y., y BORGES, G., «Violencia de género en el trabajo: acoso laboral y hostigamiento laboral», *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, vol. 14, núm. 32, 2009, pp. 163-182.

ALIJA FERNÁNDEZ, R. A., «La violencia doméstica contra las mujeres y el desarrollo de estándares normativos de derechos humanos en el marco del Consejo de Europa», *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 24, 2011, pp. 1-49.

AMIR, P., «Turning the Gendered Politics of the Security State Inside Out? Charging the Police with Sexual Harassment in Egypt», *International Feminist Journal of Politics*, vol. 13, núm. 3, 2011, pp. 299-328.

ANAGNOSTOU, D., y MILLNS, S., «Gender Equality, Legal Mobilization, and Feminism in a Multilevel European System», *Canadian Journal of Law and Society*, vol. 28, núm. 2, 2013, pp. 115-131.

AYALA CORAO, C., «El sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos», *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, vol. 8, 2000, pp. 43-59.

BANDA, F., «Blazing a Trail, the African Protocol on Women's Rights comes into force», *Journal of African Law*, vol. 10, núm. 1, 2006, pp. 72-84.

BARAK-EREZ, D., y KOTHARI, J., «When Sexual Harassment Law Goes East: Feminism, Legal Transplantation, and Social Change», *Stanford Journal of International Law*, vol. 47, 2011, pp. 175-197.

BARAK, A., «Sexual Harassment on the Internet», *Social Science Computer Review*, vol. 23, núm. 1, 2005, pp. 77-92.

BARRÈRE UNZUETA, M. A., «El acoso sexual: una mirada a sus orígenes y a su evolución en la Unión Europea», en GIL RUIZ, J. M. (Coord.), *Acoso sexual y acoso por razón de sexo: actuación de las administraciones públicas y de las empresas*, Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2013, pp. 17-50.

BENT, J. R., «Systemic Harassment», *Tennessee Law Review*, vol. 77, 2009, pp. 151-206.

- BILGE, S., y ROY, O., «La discrimination intersectionnelle: la naissance et le développement d'un concept et les paradoxes de sa mise en application en droit antidiscriminatoire», *Canadian Journal of Law and Society*, vol. 25, núm. 1, 2010, pp. 51-74.
- BLACKSTONE, A., «Harassment of Older Adults in the Workplace», en BROWNE-LL, P., y KELLY, J. J. (eds.), *Ageism and Mistreatment of Older Workers: Current Reality, Future Solutions*, Springer Science + Business Media, Dordrecht, 2013, pp. 31-47.
- BRENNAN, F., «The European Race Directive: A Bridge so Far?», en WALDEN, R. (ed.), *Racism and Human Rights*, Springer Science + Business Media, Dordrecht, 2004, pp. 143-164.
- BUSTAMANTE ARANGO, D. M., y VÁSQUEZ HENAO, P., «La Convención Belem do Pará: un balance de su aplicación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, a 16 años de su entrada en vigor», *Civilizar*, vol. 20, núm. 11, enero-junio 2011, pp. 15-35.
- CARROLL, T., FOUCHER, R., y GOSSELIN, R., «La prévention du harcèlement psychologique au travail: de l'individu à l'organisation», *Gestion 2000*, 2012, pp. 115-130.
- CARVAJAL OROZCO, J. G., y DÁVILA LONDOÑO, D., «Mobbing o acoso laboral. Revisión del tema en Colombia», *Cuadernos de Administración*, Universidad del Valle, vol. 29, núm. 49, 2013, pp. 95-106.
- CELORIO, R. M., «The Case of Karen Atala and Daughters: Toward a Better Understanding of Discrimination, Equality, and the Rights of Women», *Cuny Law Review*, vol. 15, 2012, pp. 335-389.
- CHAWKI, M., y SHAZLY, Y., «On-line Sexual Harassment», *Issues and Solutions*, vol. 4, 2013, pp. 71-86.
- CHEW, P. K., y KELLEY, R. E., «Unwrapping Racial Harassment Law», *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, vol. 27, 2006, pp. 49-110.
- CHEW, P. K., «Freeing Racial from the Sexual Harassment Model», *Oregon Law Review*, vol. 85, núm. 3, 2006, pp. 615-647.
- CHIRWA, D. M., «Reclaiming (Wo)manity: The Merits and Demerits of the African Protocol on Women's Rights», *Netherlands International Law Review*, vol. LIII, 2006, pp. 63-96.
- CLARKE, J. A., «Beyond Equality? Against the Universal Turn in Workplace Protections?», *Indiana Law Journal*, vol. 86, 2011, pp. 1219-1240.

- CORREA CARRASCO, M., *Acoso moral en el trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.
- CORREA CARRASCO, M., y VALDÉS DE LA VEGA, B. (Coords.), *Los medios de tutela frente al acoso moral en el trabajo*, Ed. Comares, Granada, 2007.
- COX, R., «Psychological Harassment Legislation in Québec: The Five First Years», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 32, 2010-2011, pp. 55-89.
- CROCKER, D., «Criminalizing Harassment and the Transformative Potential of Law», *Canadian Journal of Women & Law*, vol. 20, 2008, pp. 87-110.
- DE VICENTE PACHÉS, F., «El acoso sexual y el acoso por razón de sexo desde la perspectiva del Derecho Internacional y el Derecho comunitario europeo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 67, 2007, pp. 83-120.
- EBEKU, K. S. A., «A New Hope for African Women: Overview of Africa's Protocol on Women's Rights», *Nordic Journal of African Studies*, vol. 13, núm. 3, 2004, pp. 264-274.
- EBERHARD-HODGES, J., «Jurisprudencia reciente sobre acoso en el trabajo», *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 115, núm. 5, 1996, pp. 543-581.
- EDREIRA, M. J., «Fenomenología del acoso», *Logos. Anales del Seminario de Metafísica*, vol. 36, 2003, pp. 131-151.
- EHRENREICH, E., «Dignity and Discrimination: Toward a Pluralistic Understanding of Workplace Harassment», *The Georgetown Law Journal*, vol. 88, 1999, pp. 1-64.
- ESCOBAR PÉREZ, B., y FERNÁNDEZ, M., «Mobbing: acoso moral o psicológico en el trabajo», *Verba Iuris*, vol. 28, 2012, pp. 135-151.
- FIDALGO, A. M., y PIÑUEL, I., «La escala Cisneros como herramienta de valoración del mobbing», *Psicothema*, vol. 16, núm. 4, 2004, pp. 615-624.
- FISCHINGER, P. S., «Mobbing: The German Law of Bullying», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 32, 2010-2011, pp. 153-184.
- FRANKS, M. A., «Sexual Harassment 2.0», *Maryland Law Review*, vol. 71, núm. 3, 2012, pp. 655-704.
- GAWAYA, R., y MUKASA, R., «The African women's protocol: A new dimension for women's rights in Africa», *Gender & Development*, vol. 13, núm. 3, 2005, pp. 42-50.
- GÓMEZ, M. M., «Prejudice-Based Violence», en MOTTA, C., y SÁEZ, M. (eds.), *Gender and Sexuality in Latin America-Cases and Decisions*, Springer Science + Business Media Dordrecht, 2013, pp. 279-323.

- GOODMAN, M., «International Dimensions of Cybercrime», en GHOSH, S. y TURRINI, E. (eds.), *Cybercrimes: A Multidisciplinary Analysis*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2010, p. 311.
- HIPPENSTEELE, S. K., «Mediation Ideology: Navigating Space from Myth to Reality in Sexual Harassment Dispute Resolution», *Journal of Gender, Social Policy & The Law*, vol. 15, 2006-2007, pp. 45-68.
- HOEL, H., y EINARSEN, S., «The Swedish Ordinance against Victimization at Work: A Critical Assessment», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 32, 2010-2011, pp. 225-249.
- HUSBANDS, R., «Sexual harassment law in employment: An International perspective», *International Labour Review*, vol. 131, núm. 6, 1992, pp. 535-559.
- ISANGA, J. M., «Foundations of Human Rights and Development: A Critique of African Human Rights Instruments», *Ave Maria Law Review*, vol. 11, núm. 1, 2012, pp. 123-147.
- KALUNGU-BANDA, A., «Post-conflict programmes for women: Lessons from the Kosovo Women's Initiative», *Gender & Development*, vol. 12, 2004, núm. 3, pp. 31-40.
- KING, U., «Hinduism and Women: Uses and Abuses of Religious Freedom», en LINDHOLM, T., *et. alii* (eds.), *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook*, Koninklijke, 2004, pp. 523-543.
- LEROUGE, L., y HÉBERT, C., «The Law of Workplace Harassment of the United States, France, and the European Union: Comparative Analysis after the Adoption of France's New Sexual Harassment Law», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 35, 2013-2014, pp. 93-122.
- LEROUGE, L., «Moral Harassment in the Workplace: French Law and European Perspectives», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 32, 2010-2011, pp. 109-152.
- LEYMANN, H., «Mobbing and Psychological Terror at Workplaces», *Violence and Victims*, vol. 5, núm. 2, 1990, pp. 119-126.
- «The Content and Development of Mobbing at Work», *European Journal of Work and Organizational Psychology*, vol. 5, núm. 2, 1996, pp. 165-184.
- LIPPEL, K., «The Law of Workplace Bullying: An International Overview», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 32, 2010-2011, pp. 1-13.
- LIU, X. Y., KWAN, H. K., y CHIU, R., «Customer sexual harassment and frontline employees' services performance in China», *Human Relations*, vol. 67, 2014, pp. 333-356.

- LÓPEZ FERNÁNDEZ, D., «Legal Protection for Victims of Workplace Harassment in Chile», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 32, 2010-2011, pp. 91-108.
- LOMBARDO, E., y ROLANDSEN AGUSTÍN, L., «Framing Gender Intersections in the European Union: What Implications for the Quality of Intersectionality in Policies?», *Social Politics*, vol. 19, núm. 4, 2011, pp. 482-512.
- MARAUHN, T., «Social Rights Beyond the Traditional Welfare State: International Instruments and the Concept of Individual Entitlements», en BENVENISTI, E., *et alii* (eds.), *The Welfare State, Globalization, and International Law*, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg, 2004, pp. 297-340.
- MCQUIGG, R. J. A., «Domestic Violence and the Inter-American Commission on Human Rights: Jessica Lenahan (Gonzales) v. United States», *Human Rights Law Review*, vol. 12, 2012, pp. 122-134.
- «What potential does the Council of Europe Convention on Violence against Women hold as regards domestic violence?», *The International Journal of Human Rights*, vol. 16, núm. 7, 2012, pp. 947-962.
- MEDEIROS DE OLIVEIRA, F. P., *El acoso laboral*, Tesis doctoral, Universidad de Valencia, Valencia, 2005.
- MEENAN, H., «Age Discrimination and the Future Development of Elder Rights in the European Union: Walking Side by Side or Hand in Hand?», en DORON, I., y SODEN, A. M. (eds.), *Beyond Elder Law*, Springer Science + Business Media, Berlin, Heidelberg, 2012, pp. 57-97.
- OCRAN, C., «The Protocol of African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa», *RADIC*, vol. 15, 2007, pp. 147-152.
- OLMEDO, M., y GONZÁLEZ, P., «La violencia en el ámbito laboral: la problemática conceptualización del *mobbing*, su evaluación, prevención y tratamiento», *Acción Psicológica*, vol. 4, núm. 2, 2006, pp. 107-128.
- PEREIRA, B., «Du harcèlement moral au harcèlement managérial. Les limites de l'objectivation légale», *Revue Française de Gestion*, núm. 2333, 2013, pp. 33-54.
- PÉREZ GUARDO, R., «Las limitaciones en la cuantificación del acoso en España», *Athenea Digital*, vol. 12, núm. 2, 2012, pp. 199-219.
- RAVER, J., y NISHII, L. H., «Once, Twice, or Three Times as Harmful? Ethnic Harassment, Gender Harassment, and Generalized Workplace Harassment», *Journal of Applied Psychology*, vol. 95, núm. 2, 2010, pp. 236-254.
- REID, K., *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, 3rd edit., Thomson, Sweet&Maxwell, Londres, 2008.

- RIMALT, N., «Stereotyping Women, Individualizing Harassment: The Dignitary Paradigm of Sexual Harassment Law Between the Limits of Law and the Limits of Feminist», *Yale Journal of Law and Feminism*, vol. 19, 2007-2008, pp. 391-447.
- RIVAS VALLEJO, P., *La prevención de los riesgos laborales de carácter psicosocial*, Comares, Granada, 2009.
- RODRÍGUEZ RESCIA, V., «El sistema interamericano de protección de derechos humanos», www.iidh.ed.cr/documentos/HerrPed/.../sistema%20idh.html.
- SAGOT, M., «Estrategias para enfrentar la violencia contra las mujeres: reflexiones feministas desde América Latina», *Athenea Digital*, núm. 14, 2008, pp. 215-228.
- SÁNCHEZ PÉREZ, J., «El acoso moral en el trabajo: una perspectiva global de derecho comparado desde distintos continentes», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 35, 2012, pp. 345-374.
- SCHLACHTER, M., «The Prohibition of Age Discrimination in Labor Relations», en BROWN, K. B. y SNYDER, D. V. (eds.), *General Report of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*, Springer Science + Business, 2012, pp. 423-451.
- SCHULTZ, V., «Reconceptualizing Sexual Harassment», *The Yale Law Journal*, vol. 107, 1998, pp. 1683-1805.
- SKALLI, L. H., «Young women and social media against sexual harassment in North Africa», *The Journal of North African Studies*, vol. 19, núm. 2, 2014, pp. 244-258.
- SPENCER, C., «Legal and Legislative Issues in Protecting Older Adults in the Workplace: An International Perspective», en BROWNELL, P., y KELLY, J. J. (eds.), *Ageism and Mistreatment of Older Workers: Current Reality, Future Solutions*, Springer Science + Business Media, Dordrecht, 2013, pp. 145-164.
- SQUELCH, J. y GUTHRIE, R., «The Australian Legal Framework for Workplace Bullying», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 32, 2010-2011, pp. 15-54.
- SRIVASTAVA, D. K., y MINKANG, G., «Law and Policy Issues on Sexual Harassment in China: Comparative Perspectives», *Oregon Review of International Law*, vol. 11, 2009, pp. 43-70.
- TINKLER, J. E., «Resisting the Enforcement of Sexual Harassment Law», *Law & Social Inquiry*, vol. 37, núm. 1, 2012, pp. 1-24.
- TOLEDO, P., «Ley núm. 20.005 sobre acoso sexual en Chile», *Anuario de Derechos Humanos*, 2006, pp. 203-208.

- USHAKOVA, T., «La aportación del nuevo Convenio del Consejo de Europa al debate sobre la violencia de género», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 1, núm. 4, 2013, pp. 1-18.
- «La protección contra la violencia de género en el sistema interamericano de derechos humanos», *Dereito*, vol. 22, núm. 1, 2013, pp. 53-86.
- VALLEJO DACOSTA, R., «Acoso sexual y acoso por razón de sexo: riesgos de especial incidencia en la mujer trabajadora», *Trabajo*, 17, 2006, pp. 55-84.
- VAN DER AA, S., «International (Cyber) Stalking: impediments to Investigation and Prosecution», en LETSCHERT, R., y VAN DIJK, J. (eds.), *The New Faces of Victimhood. Studies in Global Justice* 8, Springer Science + Business Media B.V., Tilburg University, Tilburg, 2011, pp. 191-213.
- VICENTINE XAVIER, A., *La respuesta jurídica frente al acoso moral en el trabajo*, Tesis doctoral, Universidad de León, León, 2010-11.
- VICKERS, L., «Is All Harassment Equal? The Case of Religious Harassment», *Cambridge Law Journal*, vol. 65, núm. 3, 2006, pp. 579-605.
- «Religious Discrimination in the Workplace: An Emerging Hierarchy?», *Ecclesiastical Law Journal*, vol. 12, núm. 3, 2010, pp. 280-303.
- VILJOEN, F., «An Introduction to the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa», *Washington and Lee Journal of Civil Rights and Social Justice*, vol. 16, núm. 1, 2009, pp. 11-46.
- VONDOEPP, P., y YOUNG, D. J., «Assaults on the Fourth Estate: Explaining Media Harassment in Africa», *The Journal of Politics*, vol. 75, núm. 1, 2013, pp. 36-51.
- WELSH, S., CARR, J., MACQUARRIE, B., y HUNTLEY, A., «I'm not thinking of it as sexual harassment. Understanding Harassment across Race and Citizenship», *Gender & Society*, vol. 20, núm. 1, 2006, pp. 87-107.
- YAMADA, D. C., «Workplace Bullying and American Employment Law: A Ten-Year Progress Report and Assessment», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 32, 2010-2011, pp. 251-279.

CUARTA LECTURA

Pumar Beltrán, N. (2015). *Los protocolos de actuación frente al acoso: Dónde existen, dónde operan y dónde son eficaces. Ejemplos de Derecho Comparado*. Rivas Vallejo, P. y García Valverde, M. D. (Directoras). Caballero Pérez, M. J. y Tomás Jiménez, N. (Coordinadoras). Tratamiento integral del acoso. Navarra, España. Editorial Aranzadi, pp. 269-293.

Estas formas de autorregulación proliferan en los últimos años debidos a una serie de factores como son la globalización económica o las nuevas tecnologías que desbordan las fronteras estatales.

PILAR RIVAS VALLEJO
MARÍA DOLORES GARCÍA VALVERDE
(Directoras)
MARÍA JOSÉ CABALLERO PÉREZ
NATALIA TOMÁS JIMÉNEZ
(Coordinadoras)

TRATAMIENTO INTEGRAL DEL ACOSO

El acoso escolar es un fenómeno que afecta a un número creciente de estudiantes en todo el mundo. Este libro ofrece un enfoque integral para abordar este problema, desde la prevención hasta la intervención y el seguimiento.

El libro está dividido en tres partes. La primera parte trata sobre la prevención del acoso, la segunda sobre la intervención y la tercera sobre el seguimiento y la evaluación de los programas de prevención.

Este libro es una herramienta esencial para los educadores, los psicólogos y los padres que buscan crear un entorno escolar seguro y libre de acoso.

El libro está escrito por un equipo de expertos en el campo de la psicología educativa y el acoso escolar. El libro es una herramienta esencial para los educadores, los psicólogos y los padres que buscan crear un entorno escolar seguro y libre de acoso.

THOMSON REUTERS
ARANZADI

Primera edición, 2015



THOMSON REUTERS PROVIEW™ eBooks

Incluye versión en digital

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2015 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Pilar Rivas Vallejo, María D. García Valverde, María José Caballero Pérez, Natalia Tomás Jiménez y otros]

Editorial Aranzadi, SA

Camino de Galar, 15

31190 Cizúr Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-9059-841-2

Depósito Legal: NA 36/2015

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, SA

Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL

Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11

31013 - Pamplona

Los protocolos de actuación frente al acoso: dónde existen, dónde operan y dónde son eficaces. Ejemplos de derecho comparado

NÚRIA PUMAR BELTRÁN

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Barcelona*

SUMARIO: 1. LA PROLIFERACIÓN DE LOS PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN O CÓDIGOS DE CONDUCTA. 2. ¿DÓNDE OPERAN LOS PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN FRENTE AL ACOSO? 2.1. *El encaje normativo de los protocolos antiacoso.* 2.2. *La obligatoriedad de su implantación.* 2.2.1. Los protocolos antiacoso como instrumentos preventivos de riesgos psicosociales. 2.2.2. Protocolos en materia de acoso sexual y acoso discriminatorio. 2.2.3. Protocolos de actuación frente al acoso moral. 3. ¿DÓNDE EXISTEN Y QUÉ EFICACIA TIENEN? 4. ALGUNOS REFERENTES EN EL DERECHO INTERNACIONAL. 4.1. *Algunos ejemplos de referencia internacional para el acoso laboral.* 4.2. *Algunos ejemplos de referencia internacional para el acoso escolar.* 5. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. LA PROLIFERACIÓN DE LOS PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN O CÓDIGOS DE CONDUCTA

Los denominados protocolos de actuación¹ o códigos de conducta son instrumentos de autorregulación de origen privado que contienen reglas éticas de conducta o de compromiso social y que en muchas ocasiones reconocen o desarrollan derechos establecidos por el ordenamiento². Salvo esta primera aproximación,

1. *Vid. sobre la diversidad y la naturaleza jurídica de estas formas de autorregulación en GARCÍA RUBIO, M. P., «Responsabilidad social empresarial y autorregulación. Los códigos de conducta y las fuentes del derecho», Boletín del Ministerio de Justicia, núm. 2141, abril, 2012.*
2. *VALDÉS ALONSO, A., «Algunas consideraciones sobre el contenido laboral de los códigos de conducta», Revista Aranzadi Social, núm. 13, 2010, p. 3.*

en las distintas características divergen entre ellos empezando por su denominación (también se refieren a códigos de buenas prácticas, recomendaciones, cartas o códigos éticos) y presentan gran diversidad según atendamos a la finalidad que pretendan, su proceso de elaboración, el encaje que tengan en el ordenamiento jurídico, los efectos jurídicos que se deriven de ellos, su ámbito de aplicación, etc.

Originariamente los protocolos o códigos de conductas contenían reglas deontológicas o de competencia que vinculaban a un sector profesional o económico³ y a la vez podían regular la relación con los consumidores o las personas destinatarias de los servicios. Son frecuentes los códigos de conducta en determinados sectores (competencia, publicidad, telecomunicaciones, etc.) que regulan actividades económicas, comerciales y financieras entre empresas.

Estas formas de autorregulación proliferan en los últimos años debido a una serie de factores como son la globalización económica o las nuevas tecnologías que desbordan las fronteras estatales. La liberalización del comercio internacional y la apertura generalizada de los países a las inversiones extranjeras convierten a las empresas multinacionales en actores protagonistas de la globalización económica, las cuales extienden a escala mundial sus redes de producción y distribución y se escapan de las normas internacionales laborales dirigidas a los Estados⁴. Ya en los años setenta organizaciones como la OIT⁵ o la OCDE⁶ aprobaron declaraciones de principios jurídicamente no vinculantes que contenían directrices a adoptar por las empresas multinacionales en los Estados donde operaban.

En este contexto proliferan los códigos de conducta en que las empresas transnacionales asumen compromisos de responsabilidad social empresarial⁷ con arreglo a las directrices de buen gobierno corporativo⁸. En el ámbito laboral los códigos de conducta incorporan normativa internacional sobre derechos humanos en temas de prohibición de trabajo infantil, trabajo forzoso, no dis-

3. GARCÍA RUBIO, *op. cit.*, p. 6.

4. JENKINS, R., «Codes of Conduct: Self Regulation in a Global Economy», paper núm. 2, United Nations Research Institute for Social Development, 2001, p. 6.

5. OIT (1977), «Tripartite declaration of principles concerning multinational enterprises and social policy» (1977, 2006), <http://www.ilo.org>.

6. OCDE (1976) «Declaration and Decisions on International Investment and Multinational Enterprises», OCDE. Adoptada en 21 de junio de 1976 esta declaración ha sido revisada en cinco ocasiones (la última versión es de mayo de 2011), <http://www.oecd.org>.

7. En este sentido adoptamos la definición recogida en el libro verde sobre responsabilidad social de las empresas que consiste en «la integración voluntaria por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores». Libro Verde de la Comisión Europea «Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas», 18 de julio de 2001, COM (2001) 366 final, p. 7.

8. GOÑI SEIN, J. L., «Valor jurídico de los códigos de conducta empresariales», en J. L. GOÑI SEIN (Dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, ed. La Ley, 2011, p. 584.

criminación por razón de sexo, etc⁹. con la pretensión de alcanzar una «mínima convergencia»¹⁰ de los derechos de esos trabajadores independientemente de su ubicación geográfica. Un ejemplo de alcance universal es la iniciativa del Pacto Mundial lanzada en el año 2000 por Naciones Unidas que llama a las empresas multinacionales a adherirse a dicho pacto de forma que integren en todas sus actuaciones los principios universales relativos a derechos humanos, derechos laborales, medio ambiente y la lucha contra la corrupción. Paralelamente muchas empresas multinacionales han negociado o bien han aprobado unilateralmente códigos de conducta aplicables a sus empleados en filiales presentes en distintos países pero también a terceros, es decir, a sus proveedores y contratistas. Así mismo con carácter sectorial las multinacionales han negociado con sindicatos internacionales¹¹ acuerdos marcos transnacionales a nivel europeo o mundial. Estos acuerdos pueden ser adaptados legislativamente por los distintos Estados ya sea a través de la legislación o la negociación colectiva¹².

A ello se suma una nueva forma de gobernanza promovida por las instituciones europeas¹³ que opta por sustituir la norma jerárquica y vertical por procesos de toma de decisiones más plurales, participativos y horizontales donde las normas *soft law* asumen un mayor protagonismo. La normativa europea y también la estatal adoptan cada vez con mayor frecuencia dichas estrategias normativas¹⁴ donde la participación de los agentes sociales es clave en la aplicación y evaluación de la eficacia normativa, tal como veremos, por ejemplo, en la Directiva 2006/54/

9. GARCÍA RUBIO, *op. cit.*, p. 10.

10. VALDÉS DAL-RÉ, F., «Derecho del Trabajo y Orden Económico Globalizado: El Imparable Avance del Derecho Flexible», *Claridad*, verano 2005, p. 43.

11. Además de los sindicatos generalistas de ámbito mundial como el ITUC-CSI, hay sindicatos internacionales de sector como el UNI Global Union en el sector de servicios o la International Transport Workers Federation en el sector de transportes o, por ejemplo, el Industriall en el sector de la industria, el cual fue fundado en 2012 como resultado de la fusión de tres sindicatos de la rama industrial.

12. *Vid.*, en relación a la eficacia de estos instrumentos, SANGUINETTI RAYMOND, W., «Los alcances de la responsabilidad social de las empresas multinacionales: del grupo a la cadena de producción», en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (Coord.), *Observatorio de negociación colectiva: Empleo público, igualdad, Nuevas tecnologías y Globalización*, ed. Cinca, 2010, pp. 487 y ss.

13. Comunicación de la Comisión, de 25 de julio de 2001, «La gobernanza europea-Un Libro Blanco» [COM (2001) 428 final-Diario Oficial C 287 de 12 de octubre de 2001].

14. BARRÈRE UNZUETA, M. A., «El acoso sexual: una mirada a su origen y a su evolución en la Unión Europea», en GIL RUIZ, M. J. (Coord.), *Acoso sexual y acoso por razón de sexo: actuación de las administraciones públicas y de las empresas*, Consejo General del Poder Judicial, 2013.

CE¹⁵ sobre igualdad de trabajo entre hombres y mujeres en el empleo y en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

2. ¿DÓNDE OPERAN LOS PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN FRENTE AL ACOSO?

2.1. EL ENCAJE NORMATIVO DE LOS PROTOCOLOS ANTIACOSO

Cuando se analiza la relación de los protocolos antiacoso con otras fuentes –o, más concretamente su encaje en el ordenamiento jurídico–, se constata que éstos complementan la norma o realizan funciones de correulación. Los protocolos regulan conductas lesivas de derechos fundamentales y, en consecuencia, no tienen un papel alternativo en relación a la normativa sino que la complementan desarrollando y adaptando a las distintas realidades de las relaciones sociales los concretos procedimientos para la prevención, identificación, resolución y reparación de este tipo de conductas. En este sentido los protocolos antiacoso son ejemplos de buenas prácticas entendidas como «*las medidas que supongan una mejora en el ejercicio de derechos reconocidos legal o convencionalmente a los trabajadores y la profundización en principios y valores constitucionales*»¹⁶.

Las modalidades de acoso son múltiples y comportan la lesión de distintos derechos fundamentales o bienes jurídicos ligados a la persona. Pese a su diversidad, si atendemos a su resultado¹⁷ las conductas de acoso tienen «*el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo*»¹⁸. Son, por tanto, conductas violentas que vulneran

15. Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, sobre la igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, DOCE L 204/23.
16. LÓPEZ LÓPEZ, J., «Buenas prácticas y negociación colectiva», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 102, 2000, p. 325.
17. Vid. una clasificación de los instrumentos de autorregulación según sean una regulación alternativa a la normativa o bien la complementen en EIJLANDER, P., *Possibilities and Constraints in the Use of Self-Regulation and Co-Regulation in Legislative Policy: Experiences in the Netherlands-Lessons to Be Learned for the EU?*, vol. 9.1, *Electronic Journal of Comparative Law*, 2005. El autor parte de la clasificación elaborada por la Comisión Europea en el documento Acuerdo Interinstitucional-Legislar mejor, 2003/C321/01, *Diario Oficial n° C 321 de 31 de diciembre de 2003*, p. 0001-0005.
18. Art. 2 de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, sobre la igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, DOCE L 204/23; también en el art. 2.3 de la Directiva 2000/78 /CE, de 27 de noviembre, de marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, DOCE L 303. Según el Acuerdo Marco europeo sobre el acoso o la violencia en el trabajo (26 de abril de 2007), este tipo de conductas tiene «*la finalidad o el efecto de perjudicar la dignidad de la víctima, dañar su salud o crearle un entorno de trabajo hostil*».

una pluralidad de derechos fundamentales en especial el derecho a la dignidad, el derecho a la intimidad, el derecho al honor, el derecho a la salud y a la integridad física y psíquica, el derecho a la libertad sexual, el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo u orientación sexual¹⁹. Según la modalidad de acoso serán unos u otros los derechos o bienes jurídicos afectados²⁰. Prueba de esta diversidad es la distinta incriminación penal de las conductas de acoso pues no todos los delitos de acoso podrían tener cabida en un mismo tipo penal genérico como es el delito contra la integridad moral. Por ejemplo, para el acoso sexual que atenta al bien jurídico de la libertad sexual²¹, está previsto un tipo específico y en algunos tipos de acoso como el inmobiliario se aprecia un ataque contra la libertad de la persona pudiéndose reconducir tales conductas a los tipos de coacciones o las amenazas²². Aun así, de la mayoría de estas conductas se derivan lesiones que vulneran la dignidad de la persona (art. 10 CE) tanto en su faceta de derecho a la integridad moral (art. 15 CE) como de libre desarrollo de la personalidad²³. En los casos de acoso sexual y acoso discriminatorio debe ponerse el acento en el hecho que los sujetos acosados pertenecen a colectivos tradicionalmente discriminados. De ahí la conveniencia de regular el acoso sexual y por razón de sexo en normativa distinta que la del resto de situaciones de acoso.

Las distintas modalidades de acoso, dada su heterogeneidad, difieren en su grado de penetración normativa, en otras palabras, en su reconocimiento jurídico. En la mayoría de ocasiones los protocolos regulan situaciones de acoso que siempre han existido pero que no han sido identificadas hasta tiempos recientes como son, por ejemplo, las conductas de acoso escolar entre estudiantes o como el acoso persecutorio o *stalking*. En cambio, otras situaciones de acoso son novedosas y vienen de la mano de las nuevas tecnologías (ciberacoso) o son la consecuencia negativa de una mala praxis en actividades ofrecidas en el mercado de bienes y servicios (acoso inmobiliario, acoso mediático, etc.).

19. Vid. un resumen de las distintas posturas doctrinales que difieren sobre si el acoso sexual debe ser enfocado como una infracción del derecho a la dignidad y a la intimidad de la persona o bien debe ser planteado solamente como una vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo, en ALTÉS TÁRREGA, J., *El acoso sexual en el trabajo*, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 76 y ss.
20. Por ejemplo, el *stalking* o acoso persecutorio se caracteriza por que crea un estado de perturbación en la víctima que incidiría en su sentimiento de seguridad. Cfr. MENDOZA CALDERÓN, S., *El Derecho Penal frena a las formas de acoso a menores*, ed. Tirant lo Blanch, 2013, p. 44.
21. Vid. una valoración crítica al respecto en LARRAURI, E., «El nuevo delito de acoso sexual: una primera valoración», *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, núm. 7, 1997.
22. MENDOZA CALDERÓN, *op. cit.*, p. 40.
23. Adopto el enfoque conceptual que define el acoso en el plano jurídico en atención a su resultado lesivo sin que tengan relevancia los medios empleados o las consecuencias psicológicas derivadas del acoso. Así MARTÍNEZ ABASCAL, V. A., *El acoso moral en el trabajo: claves para su protección judicial*, ed. Tirant lo Blanch, 2008, p. 24.

El acoso sexual y el acoso discriminatorio tienen un reconocimiento jurídico pleno y han sido regulados en las directivas europeas y traspuestos al ordenamiento español existiendo ya una normativa y jurisprudencia consolidadas de estas problemáticas. En cambio, la situación de acoso moral no parte de una definición normativa pero sí que existe un referente internacional claro en el Acuerdo marco europeo sobre el acoso y la violencia en el trabajo²⁴ y se menciona expresamente en el Estatuto Básico del Empleado Público²⁵ en adelante (EBEP). Por el contrario, ciertas modalidades de acoso no tienen reconocimiento jurídico expreso en el ordenamiento y carecen de normativa específica como es, por ejemplo, el acoso cibernético o el acoso inmobiliario²⁶. Esta falta de reconocimiento jurídico refuerza la importancia de los protocolos y códigos de conductas en su faceta de concienciación y visibilización pero también, especialmente para los operadores jurídicos, son instrumentos claves en la identificación y calificación de las conductas ante la ausencia de una definición o calificación normativas.

Obviamente la falta de reconocimiento del acoso no implica que las personas afectadas no puedan recabar tutela al amparo de la Constitución y de la legislación. Las garantías de protección aplicables en los casos de acoso son las propias de los derechos fundamentales, lo que comporta, entre otras previsiones, la nulidad de la conducta infractora, la inversión de la carga de la prueba, el derecho a un proceso judicial preferente y sumario que reintegre, repare y resarza a la víctima, etc.

2.2. LA OBLIGATORIEDAD DE SU IMPLANTACIÓN

2.2.1. Los protocolos antiacoso como instrumentos preventivos de riesgos psicosociales

Las conductas de acoso o violencia en el trabajo son consideradas un problema de salud laboral y frente a dichos riesgos de carácter psicosocial²⁷ el empresario tiene la obligación de asumir su prevención. Esta obligación se

24. COM 2007/0686 final.

25. Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

26. Con la excepción de la definición que contiene la ley catalana sobre el derecho a la vivienda. Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, art. 45.3.c), DOGC núm. 5065.

27. La Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo describe los riesgos psicosociales como aquellos relacionados con los cambios en el modo en que el trabajo se diseña, organiza, gestiona, y también con los cambios socioeconómicos, demográficos y políticos que se producen en el contexto del trabajo –incluida la globalización– que generan un nivel de estrés que puede llegar a ocasionar un serio deterioro de la salud física y mental. Hoja informativa número 74, Previsiones de los expertos sobre la aparición de riesgos psicosociales en relación con la seguridad y salud en el trabajo. Disponible en: www.osha.europa.eu.

ciones de salud derivadas de estos riesgos. Este tipo de actuaciones preventivas consistirían en identificar, evaluar y prevenir los principales factores psicosociales existentes derivados de la organización y de las condiciones de trabajo que puedan exponer a los trabajadores a problemas de salud físicos.

La prevención efectiva de las conductas de acoso en la empresa requiere que el empresario adopte una diversidad de medidas preventivas de salud laboral específicas para los riesgos psicosociales, actividades formativas, campañas de sensibilización, etc. La concienciación debe involucrar a todos los trabajadores y directivos de la empresa, de manera que todos ellos participen en las actividades formativas y de divulgación previstas. Este objetivo es más difícil de cumplir en empresas con actividades muy descentralizadas en cuya actividad intervienen trabajadores de distintas contratas o bien trabajadores cedidos por ETT, etc.

Los protocolos tienen una función básica de regular canales o vía de denuncia frente a situaciones de acoso dentro de la empresa. Los protocolos prevén esencialmente mecanismos de resolución autónomos y extrajudiciales de conflictos de acoso que se producen en la empresa. Pero además de esta función reactiva³¹ los protocolos tienen indudablemente funciones de carácter preventivo: ayudan a la concienciación y a la identificación de este tipo de conductas y pueden prever actividades formativas para los directivos y el resto de trabajadores.

2.2.2. Protocolos en materia de acoso sexual y acoso discriminatorio

La Directiva 2006/54/CE, que refunde diversas directivas sobre igualdad por razón de género³², obliga a que los Estados miembros fomenten entre los empresarios la prevención de las situaciones discriminatorias y de acoso en sus empresas y que otorguen un papel más activo en la lucha contra la discriminación a las organizaciones no gubernamentales y a los representantes de los trabajadores, mediante el diálogo social y la negociación colectiva en la lucha contra la discriminación.

El legislador español³³ incorporó el acoso sexual y el acoso discriminatorio como derecho básico relativo a la persona trabajadora con debido respeto a «su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo» [art. 4.2.e) ET]. Este derecho ha sido interpretado por la doctrina como un derecho de protección del

31. En cambio otros autores asignan a los protocolos una única misión preventiva: ROJAS RIVERO, G. P., *op. cit.*, p. 462.
32. Las nociones de acoso sexual y acoso discriminatorio fueron introducidas por la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE.
33. Ley 3/1989, de 3 de marzo (BOE del 8).

trabajador frente a posibles acosos, del que deriva a la vez una «posición activa»³⁴ del empresario, cuyo deber consiste en prevenir y reparar este tipo de conductas.

La Ley Orgánica de Igualdad 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ha previsto obligaciones específicas para los empresarios y para los representantes de los trabajadores en materia de acoso sexual y acoso por razón de sexo (art. 48 LOI). En el caso de los empresarios, éstos:

«... deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo.»

Con esta finalidad se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o bien acciones de formación» (art. 48.1 LOI).

A pesar del carácter potestativo en la concreción de las medidas a adoptar, de la literalidad del art. 48 LOI se desprende que los empresarios tienen la obligación de promover unas condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual o por razón de sexo y de arbitrar procedimientos específicos para su prevención; todas ellas negociadas con los representantes de los trabajadores. La exigencia preventiva, pues, es doble: debe aplicarse un procedimiento específico para la resolución de quejas y denuncias a través preferentemente de un protocolo y, por lo que se refiere a las condiciones de trabajo, el empresario debe adoptar medidas de seguridad y salud laborales. Se trata de cohonstar dos facetas de prevención tan complementarias como necesarias³⁵: una orientada a la resolución de conflictos individuales y la otra más integral y de carácter colectivo que afecta a aspectos de la organización de trabajo como es la prevención de los riesgos psicosociales.

En el ámbito del empleo público, la LOI exige expresamente a la administración general del Estado apruebe un «protocolo de actuación para la prevención del acoso sexual y por razón de sexo», que deberá ser negociado con los representantes de los trabajadores (art. 62)³⁶. El resto de administraciones públicas en

34. DEL REY GUANTER, S., «Acoso sexual y relación laboral», *Relaciones Laborales*, 1993, t. I, p. 228.

35. GIMENO NAVARRO, M. A.; MEJÍAS GARCÍA, A.; CARBONELL VAYÁ, E. J., *Protocolos sobre acoso laboral. Procedimiento de solución autónoma de conflictos de violencia laboral*, ed. Tirant lo Blanch, 2009, p. 35.

36. Resolución de 28 de julio de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se aprueba y publica el Acuerdo de 27 de julio de 2011 de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado sobre el Protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo en el ámbito de la Administración General del Estado y de los Organismos Públicos vinculados a ella (BOE de 8 de agosto de 2011); Resolución de 5 de mayo de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se aprueba y publica el Acuerdo de 6 de abril de 2011 de la Mesa General de Nego-

el ámbito de sus respectivas competencias están obligadas a establecer medidas efectivas frente al acoso sexual (art. 51 LOI), como así lo han desarrollado distintas administraciones autonómicas.

Una cuestión debatida por la doctrina es si debe existir un protocolo específico para la prevención del acoso sexual o bien si éste debería incluirse en un protocolo más genérico relativo al acoso moral o violencia en el trabajo. Este último modelo se sigue en el Acuerdo marco europeo sobre el acoso y la violencia en el trabajo³⁷ y también por una serie de autores que subsumen al acoso sexual dentro de un marco general de violencia en el trabajo. A favor de esta postura se alegan criterios de eficacia y de concepción de un clima laboral saludable asumiendo una perspectiva integral de los distintos riesgos laborales que evite la posible duplicidad de procedimientos³⁸. Por el contrario, muchos son los argumentos a favor de un tratamiento específico para el acoso sexual³⁹. El propio art. 48 de la LOI es una normativa específica sobre igualdad que se refiere a mecanismos específicos de prevención del acoso sexual. Junto a esta interpretación normativa en el debate está presente un planteamiento conceptual que defiende la particularidad del acoso sexual. El acoso sexual es un acto discriminatorio de violencia de género que tiene carácter sistémico⁴⁰ y está presente en todos los ámbitos de la sociedad. El factor clave que explica este tipo de acoso son los estereotipos de género en un escenario de fuerte desequilibrio de poder entre mujeres y hombres, también en el mercado de trabajo. Es por ello que hacer un tratamiento indiferenciado del acoso sexual dentro del marco más genérico de la violencia en el trabajo conllevaría a su invisibilización e iría en contra de la necesaria concienciación en una problemática, la de violencia de género, que transciende las relaciones de trabajo. De ahí la importancia de aprobar un protocolo específico que refuerce una cultura de no tolerancia hacia este tipo de comportamientos tan arraigados en muchas empresas. Ello no obsta, como se defiende aquí, que los protocolos o declaraciones contra el acoso sexual se complementen necesariamente con medidas preventivas contra los riesgos psicosociales que incluiría el acoso sexual ya que sólo así se conseguiría una política de prevención eficaz en la empresa contra este tipo de conductas.

ciación de la Administración General del Estado sobre el Protocolo de actuación frente al acoso laboral en la Administración General del Estado (BOE de 1 de junio de 2011).

37. COM 2007/0686 final.
38. MOLINA NAVARRETE, C., *El Acuerdo Marco Comunitario para la Gestión del Acoso y la Violencia en el Trabajo*, ed. Bomarzo, 2008, p. 37. En el mismo sentido, GIMENO NAVARRO, M. A.; MEJÍAS GARCÍA, A.; CARBONELL VAYÁ, *op. cit.*, p. 37.
39. *Vid.* una síntesis de estos argumentos en PÉREZ DEL RÍO, T., «La violencia de género en el empleo como violación del derecho a la integridad física y psíquica y su prevención. La función de los interlocutores sociales», *Lan Harremanak*, núm. 25, 2012, p. 144.
40. BARRÈRE UNZUETA, *op. cit.*, p. 30.

La obligación legal es clara y, sin embargo, surge la duda de si la falta de adopción de protocolos u otro tipo de medidas preventivas similares pueda conllevar responsabilidades administrativas para el empresario cuando no se hayan apreciado situaciones de acoso⁴¹. Según el criterio técnico 69/2009⁴² de la inspección de trabajo aunque no haya acaecido una situación de acoso el cumplimiento por parte del empresario de las obligaciones preventivas puede dar lugar a infracciones laborales o a infracciones en materia de prevención de riesgos laborales. En cambio la ley de infracciones y sanciones del orden social⁴³ tipifica como infracción muy grave las situaciones de acoso sexual o por razón de sexo, conocidas o que hubiese podido conocer el empresario cuando éste no hubiese adoptado medidas para impedirlo (arts. 8.13 y 8.13 bis TRLISOS). Es clara la infracción de no adoptarse medidas de tutela una vez acaecido el acoso en la empresa.

No es necesario recordar que los empresarios están obligados a promover la igualdad y no discriminación en sus empresas, y que las empresas de más de 250 trabajadores y las obligadas por el convenio colectivo deben negociar con los representantes de los trabajadores un plan de igualdad (arts. 45-47 LOI) entre cuyas materias se incluyen la prevención del acoso sexual y por razón de sexo (art. 46.2 LOI). El incumplimiento de esta obligación conlleva responsabilidades administrativas (arts. 7.13, 8.17 TRLISOS).

La noción de acoso discriminatorio fue introducida por la Ley 62 /2003⁴⁴ que traspone las Directivas 2000/43⁴⁵ y 2000/78⁴⁶. Expresamente se prohíben

41. En contra MANEIRO VÁZQUEZ, Y.; MIRANDA BOTO, J. M^a, «Las obligaciones de la empresa en materia de acoso moral, acoso sexual y acoso por razón de sexo: los protocolos antiacoso», en VELASCO PORTERO, M^a T. (Dir.), *Mobbing, acoso laboral y acoso por razón de sexo. Guía para la empresa y las personas trabajadoras*, ed. Tecnos, 2010, p. 64, quienes defienden que sólo puede exigirse responsabilidades al empresario si éste no adopta medidas una vez cometido el acoso.
42. Criterio técnico 69/2009 sobre actuaciones en materia de acoso y violencia en el trabajo defiende que en estos casos el empresario puede haber cometido una infracción grave por establecer condiciones de trabajo inferiores a las previstas en la ley o en el convenio colectivo. Para el resto de casos de acoso la responsabilidad empresarial por omisión de las obligaciones preventivas se darían en materia de prevención de riesgos laborales en atención a su falta de evaluación, etc.
43. Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social.
44. Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE de 31 de diciembre).
45. Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, DOCE L 180/22.
46. Directiva 2000/78 /CE, de 27 de noviembre, de marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, DOCE L 303.

las situaciones de acoso «de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual». Lejos de introducir un marco legislativo general la norma traspone literal y de forma incompleta las directivas citadas. Entre otras carencias, la Ley 62/2003 omite cualquier referencia a la necesidad de adoptar medidas preventivas ya sean laborales o de seguridad y salud en el trabajo para evitar situaciones de acoso discriminatorio. A modo de excepción prevé «la adopción por las empresas y por las organizaciones sindicales y empresariales de planes de igualdad a favor de las personas con discapacidad, mediante los incentivos y medidas de apoyo» (art. 43). Por lo demás, no especifica cuál ha de ser el contenido de estos planes a favor de las personas con discapacidad ni cuáles han de ser los incentivos o medidas de apoyo para su elaboración. Por su parte, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que regula los derechos de las personas con discapacidad califica el acoso por razón de discapacidad de un acto discriminatorio pero no menciona en su articulado los planes de igualdad.

2.2.3. Protocolos de actuación frente al acoso moral

La Carta Europea de Derechos Fundamentales⁴⁷ proclama que «todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad». La Directiva Marco 89/391⁴⁸, sobre seguridad y salud en el trabajo, acoge una noción amplia de salud que abarcaría los riesgos psicosociales y tanto el Parlamento Europeo⁴⁹ como la Comisión⁵⁰ se han posicionado a favor de adaptar la normativa europea para la incorporación de estos nuevos riesgos⁵¹.

Tampoco la normativa española regula específicamente el acoso moral, salvo las puntuales referencias del EBEP (arts. 14 y 95 EBEP). En ese sentido no hay prescripciones equivalentes a las que contiene la LOI sobre la obligatoriedad de adopción de protocolos por parte de los empresarios u otro tipo de conductas. Pese a ello, las empresas están obligadas a implantar medidas preventivas frente al acoso moral y otros riesgos de carácter psicosocial. De lo contrario, la falta de adopción de este tipo de medidas preventivas podría dar lugar a responsabilidades administrativas para el empresario tanto *ex ante* como una vez acaecido el acoso⁵².

47. Carta Europea de Derechos Fundamentales, DOCE 18 de diciembre de 2000, C 364/1.

48. Directiva 89/391, 1989 O. J. (L 183).

49. Resolución del Parlamento Europeo sobre Acoso en el trabajo de 16 de julio de 2001/2339(INI).

50. Comunicación de la Comisión de 11 de marzo de 2002, «Estrategia europea sobre seguridad y salud en el trabajo», [COM (2002) 118].

51. Para MOLINA NAVARRETE, *op. cit.*, p. 121, la no inclusión del acoso moral en la normativa europea constituye un fracaso legislativo.

52. Criterio técnico 69/2009 de la inspección de trabajo, sobre actuaciones en materia de acoso y violencia en el trabajo.

Por su parte, el Acuerdo Marco Europeo sobre Acoso y Violencia en el Trabajo, aunque no es vinculante, señala que las empresas deben realizar medidas de conciliación entre sus trabajadores y directivos, establecer declaraciones de no tolerancia de comportamientos violentos o de acoso así como disponer procedimientos de resolución de quejas. Este acuerdo fue incorporado por el Anexo IV del Acuerdo de Negociación Colectiva de 2008 con la intención de que su contenido sea trasladado «a los negociadores y a los distintos representantes empresariales y sindicales».

3. ¿DÓNDE EXISTEN Y QUÉ EFICACIA TIENEN?

Las situaciones de acoso pueden darse potencialmente en cualquier relación interpersonal y, en consecuencia, en cualquier ámbito social. Ahora bien, las relaciones laborales son un ámbito proclive a este tipo de conductas en tanto que la prestación de servicios tiene carácter personal y es perdurable en el tiempo. La expresión relaciones laborales debe entenderse en un sentido amplio que afecta tanto al empleo público como privado. En el ámbito de las relaciones laborales, las personas acosadoras o acosadas pueden ser personas de distintas empresas que trabajan en un mismo centro de trabajo, pero también clientes, proveedores, pacientes, estudiantes, etc. Precisamente el elemento de conexión⁵³ que determina la calificación laboral del acoso y la consiguiente aplicación de las normas laborales es que esta conducta tenga lugar dentro del ámbito de organización y dirección empresarial.

A su vez las situaciones de acoso pueden ser más frecuentes en organizaciones en las que sus miembros o usuarios se hallan sometidos a especial jerarquía (por ejemplo, las administraciones públicas⁵⁴ o las instituciones religiosas) o disciplina (y sea de tipo docente, deportiva, penitenciaria, castrense, etc.). Sin embargo, las situaciones de acoso también pueden darse entre pares o iguales pues ocurre también entre compañeros de trabajo o de clase (aquí habría que traer a colación la distinción clásica entre acoso sexual horizontal y vertical). Es suficiente con que exista un poder físico o psíquico de la persona o personas acosadoras respecto de la acosada aunque no medie entre ellos una relación de superioridad jerárquica.

En consecuencia, los protocolos antiacoso en cuanto instrumentos de autorregulación de carácter multilateral pueden aplicarse a cualquier ámbito social y

53. PÉREZ DEL RÍO, T., *La violencia de género en el ámbito laboral: el acoso sexual y sexista*, Albacete, Bomarzo, 2009, p. 32.

54. Se ha apreciado una mayor incidencia de este tipo de conductas en las administraciones públicas siendo el carácter rígido y jerárquico de su organización de trabajo uno de los factores claves en la explicación de este fenómeno. *Vid.* sobre este tema CONDE COLMENERO, P., *El acoso laboral en el empleo público*, ed. Comares, 2009, pp. 100 y ss.

provenir de cualquier entidad o asociación. Eso sí, su eficacia jurídica dependerá de quienes sean los sujetos que lo elaboren y el procedimiento elegido.

Así, son especialmente frecuentes los protocolos en materia de acoso aprobados por comisiones de expertos, organismos internacionales o instituciones que contienen pautas para que puedan ser adoptados por empresas o entidades en orden a identificar o prevenir este tipo de conductas. Son documentos que no tienen eficacia jurídica salvo que su contenido se integre en norma jurídica o tenga una eficacia contractual.

Como ya se ha señalado más arriba, son frecuentes los acuerdos transnacionales negociados entre empresas multinacionales y sindicatos internacionales en los que las partes se comprometen a aplicar los derechos laborales internacionales al personal del grupo que trabaja en distintos países. El núcleo mínimo de derechos es la declaración de derechos fundamentales en el trabajo de la OIT (1998), entre ellos, el derecho a no ser discriminados por razón de sexo y la prohibición de acoso, etc. Dado que los sujetos que los negocian carecen de poder legal para ello, se dice que los acuerdos transnacionales son fruto de la autonomía colectiva que contienen reglas de interés público y están dotados de eficacia jurídica para las partes negociadoras pero no tienen eficacia normativa salvo que los distintos ordenamientos estatales implicados los integren en su legislación o en la negociación colectiva⁵⁵. En muchas ocasiones estos acuerdos se aplican a las empresas proveedoras y contratistas que participan en la cadena global de producción aunque el grado de exigibilidad es variable pues mientras que en algunos acuerdos la empresa multinacional simplemente se erige en observadora del cumplimiento de dichas normas en otros acuerdos se condiciona la contratación a su observancia⁵⁶. En todo caso, el grado de eficiencia de estos acuerdos va a depender de que existan o no mecanismos de supervisión de su cumplimiento.

Ya en el ámbito estatal se advierte que el acoso sexual y el acoso por razón de sexo son materias susceptibles de ser incluidas en los planes de igualdad (art. 46.2 LOI). El deber de negociar planes de igualdad para las empresas de más de 250 trabajadores se puede articular en convenios colectivos de ámbito empresarial pero también en convenios de ámbito superior⁵⁷. En este último caso las empresas deberán negociar colectivamente *«en los términos y condiciones que se hubieran establecido en los indicados convenios para cumplimentar dicho deber de negociar a*

55. Cfr. GOÑI SEIN, *op. cit.*, p. 600.

56. SANGUINETTI, *op. cit.*, p. 491.

57. Si bien en dicho ámbito de negociación no existe la obligación de negociar planes de igualdad. Cfr. FABREGAT MONFORT, G., «La negociación de los planes de igualdad», *Revista de Relaciones Laborales*, núm. 4, abril 2013, Año 29, p. 47.

través de las oportunas reglas de complementariedad» (art. 85.2 LOI⁵⁸). La mayoría de empresas que han aprobado planes de igualdad prevén o regulan un protocolo contra el acoso sexual que muchas veces recoge también el acoso moral. En la práctica⁵⁹ estos planes de igualdad se negocian preferentemente en acuerdos *ad hoc* en vez de integrarse en los convenios colectivos y, claro está, tienen la misma eficacia normativa que la de los instrumentos de negociación en que se incorporan⁶⁰. Por lo demás, los protocolos antiacoso son susceptibles de ser incluidos también un plan de prevención de riesgos laborales de la empresa.

Ya sea fuera o dentro de un plan de igualdad o de prevención, los protocolos antiacoso hallan en la negociación colectiva su espacio idóneo por su capacidad de adecuarse a las distintas realidades donde se aplican. Negociables en los distintos ámbitos de negociación ya sea a nivel interconfederal, sectorial o bien de empresa, es recomendable la articulación entre ellos de los distintos procedimientos y contenidos. Ante la disyuntiva de negociar los protocolos antiacoso en un convenio colectivo o bien en un acuerdo de empresa la primera opción sería, en mi opinión, la preferible pues se insertarían en la misma dinámica de negociación lo que facilitaría que se sometiesen a una revisión o evaluación periódica y, por tanto, se evita que dicho texto se deje olvidado en un cajón. Por lo demás los protocolos regulados en convenio colectivo del sector o de empresa no pueden ser inaplicados por causas económicas o productivas⁶¹ ya que el art. 82.3 ET señala expresamente que «el acuerdo de inaplicación no podrá dar lugar al incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones por razones de género o de las que estuvieran previstas, en su caso, en el Plan de Igualdad aplicable en la empresa». En cambio, de ser negociados en un acuerdo de empresa se somete al procedimiento menos garantista de modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41 ET), si bien este proceso no difícilmente afectaría en la práctica a los protocolos dado que se trata de una materia no conflictiva. Tampoco considero aplicable a los protocolos antiacoso el régimen de ultraactividad previsto en el art. 86.3 ET que implicaría la pérdida de su vigencia una vez transcurrido un año desde la denuncia del convenio con la correspondiente aplicación de un convenio colectivo de ámbito superior si lo

58. El Tribunal Supremo ha señalado que cuando el plan de igualdad está previsto en un convenio colectivo de ámbito superior debe constituirse una comisión negociadora y no meramente una comisión de ejecución o administración (STS de 11 de marzo de 2014, recurso núm. 77/2013).

59. FABREGAT MONFORT, *op. cit.*, p. 50.

60. *Vid.*, por ejemplo, la estimación por parte de la Audiencia Nacional del conflicto colectivo planteado por sindicatos por incumplimiento por parte de la empresa del plan de igualdad del Corte Inglés (SAN de 13 de enero de 2013, Sentencia núm. 0008/2013).

61. SALCEDO BELTRÁN, M. C.; ALFONSO MELLADO, G. A., «Negociación colectiva para el tratamiento y la prevención del acoso», ponencia presentada a *I Jornadas Internacionales sobre acoso laboral y III Jornadas de Psicología Laboral de Osalan*, noviembre de 2012, <http://www.osalan.euskadi.net/>.

hubiera. Y ello porque, a diferencia de otras materias, su contenido no atañe a intereses de negociación contrapuestos pero sobretodo porque implementan derechos de salud y de no discriminación. Entiendo que los protocolos continuarían vigentes en régimen de ultraactividad y les sería aplicable por analogía la regla prevista en el art. 82.3 ET sobre la prohibición de inaplicar las obligaciones pactadas para la eliminación de discriminaciones por razón de género.

En caso de adopción unilateral por parte de las empresas de códigos de conducta, se ha de partir de la premisa de que las empresas no tienen potestad normativa⁶² por lo que podrían incorporarse a los contratos de trabajo como condición más beneficiosa.

4. ALGUNOS REFERENTES EN EL DERECHO INTERNACIONAL

4.1. ALGUNOS EJEMPLOS DE REFERENCIA INTERNACIONAL PARA EL ACOSO LABORAL

Numerosos códigos de conducta y recomendaciones para prevenir el acoso sexual han sido aprobados por organismos e instituciones internacionales y su influencia ha sido decisiva en la elaboración de códigos y protocolos⁶³. En la Unión Europea destaca por su importancia la Recomendación 92/131, de 27 de noviembre, que adjunta un código de conductas para combatir el acoso sexual. Pese a su carácter no vinculante este documento ha tenido y tiene gran influencia en los códigos y protocolos elaborados por los Estados miembros, entre ellos España⁶⁴. Diez años más tarde las Directivas en materia de igualdad definieron el acoso sexual y el acoso discriminatorio y regularon las medidas a adoptar frente a este fenómeno, cuyos contenidos han sido transpuestos por los Estados miembros.

En 1996 la Comisión de Expertos de la OIT interpretó que el acoso sexual era una forma de discriminación por razón de sexo que vulneraba el Convenio núm. 111 de discriminación en materia de empleo y ocupación. En cuanto a instrumentos no vinculantes en 2003 la OIT aprobó el Código de conducta sobre violencia en el trabajo en el sector de los servicios⁶⁵ y se han aprobado di-

62. GOÑI SEIN, *op. cit.*, p. 586.

63. Vid. en extenso MCCANN, D., «Sexual harassment at work: National and International responses», *Conditions of Work and Employment Programme*, núm. 2, ILO, 2005.

64. GALA, C.; BODELÓN, E., «Protocolos contra el acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito de las empresas», en GIL RUIZ, M. J. (Coord.), *Acoso sexual y acoso por razón de sexo: actuación de las administraciones públicas y de las empresas*, Consejo General del Poder Judicial, 2013, p. 135.

65. Code of practice on workplace violence in services sectors and measures to combat this phenomenon.

rectrices para erradicar la violencia en el trabajo en la agricultura⁶⁶. Otros organismos internacionales como la Confederación Internacional de Sindicatos Libres (CIOSL) adoptó en 1998 un programa de acción para combatir el acoso sexual en los que llamaba a sus organizaciones regionales y afiliados a emprender políticas de erradicación de dichas prácticas. Esta guía ha sido actualizada por la Confederación Sindical Internacional –sucesora de la CIOSL– que en 2008 elaboró una guía para combatir el acoso sexual⁶⁷.

En la década de los setenta Estados Unidos fue el país donde la doctrina feminista visibilizó y formó el concepto de acoso sexual y donde los tribunales interpretaron que el acoso sexual estaba prohibido en aplicación de la ley federal de derechos civiles de 1964. Paralelamente la Agencia de Igualdad de Oportunidades en el Empleo ha elaborado una doctrina consolidada a través de sus directrices sobre acoso sexual que ha tenido una influencia extraordinaria tanto dentro del país como fuera de éste. Los gobiernos de otros países han optado, en cambio por aprobar códigos de conductas o recomendaciones no vinculantes⁶⁸ en vez de adoptar legislación sobre la materia. Éste es el caso de Sudáfrica donde el gobierno aprobó el Código de Buenas Prácticas en el tratamiento de los casos de acoso sexual⁶⁹ junto con asociaciones de empresarios, sindicatos y otras asociaciones.

Aunque las normas europeas no regulan específicamente el acoso moral, existen iniciativas legislativas de otros países que por su novedad se erigen en referentes para otros ordenamientos⁷⁰. Así Suecia fue el primer país de la Unión Europea que aprobó una norma sobre acoso moral. La Ordenanza de Victimización en el Trabajo de 1993⁷¹ define el acoso moral y prevé obligaciones preventivas para los empresarios quienes deben detectar y corregir disfunciones en la organización y en las condiciones de trabajo así como establecer medidas de reacción frente al acoso entre las que men-

Meeting of Experts to Develop a Code of Practice on Violence and Stress at Work in Services: A Threat to Productivity and Decent Work, 15 de octubre de 2003, Organización Internacional del Trabajo, Programa de actividades sectoriales.

66. Organización internacional del Trabajo (2010), Código de conducta sobre la seguridad y salud en la agricultura.

67. Confederación Sindical Internacional (2008), *Combatir el acoso sexual en el trabajo. Una guía sindical*, <http://www.ituc-csi.org/>.

68. MCCANN, D., *op. cit.*, p. 33.

69. Code of good practice on the handling of sexual harassment cases (1998) aprobado por el Consejo Nacional del Trabajo y del Desarrollo Económico de Sudáfrica.

70. Cfr. GUERRERO, M. I., «The development of moral harassment (or mobbing) law in Sweden and France as a step towards EU legislation», *Boston College International and Comparative Law Review*, 477, Spring, 2004.

71. Ordinance of the National Board of Occupational Safety and Health containing Provisions on measures against Victimization at Work, Ordinance AFS 1993:17.

ciona la iniciación de una «*investigación especial*». Francia reguló en 2002⁷² el acoso moral modificando el Código de Trabajo y el Código Penal francés. Además de la definición del acoso moral, la ley francesa introduce una serie de tutelas para el trabajador afectado incluida la puesta a disposición por parte de las empresas de mecanismos de mediación (art. L 1152-6 del Código de Trabajo francés). La normativa laboral de Quebec⁷³ incluyó en 2004 previsiones sobre acoso moral, siendo una iniciativa pionera en América del Norte. Por otra parte, la importancia del Acuerdo Marco Europeo sobre el Acoso y la Violencia en el Trabajo ya ha sido reseñada así como, su asunción en España por el acuerdo interconfederal de negociación colectiva de 2008.

En el ámbito empresarial, algunas empresas multinacionales incluyen expresamente en sus códigos de conducta la prohibición del acoso sexual o moral dirigida tanto a sus empleados como a las empresas con las que contratan. Así, un ejemplo entre otros posibles de negociación sectorial a escala transnacional es el de la multinacional Chiquita con el sindicato UIF tomando sobre la base el Código de Conducta sobre seguridad y salud en la agricultura de la OIT en 2010. Por su grado de concreción son referentes en la materia los códigos de conducta con sus proveedores de Nike⁷⁴ y de Coca Cola⁷⁵ que exigen a las empresas con las que contrata la adopción de una política contraria al acoso debiendo haber aprobado por escrito, entre otras medidas, una declaración institucional contra el acoso y un procedimiento de queja interno para sus empleados. También existen acuerdos transnacionales *ad hoc* sobre temas de igualdad por razón de género, es el caso del grupo GDF SUEZ que ha negociado con sindicatos internacionales y con una representación de los trabajadores de sus sedes europeas un acuerdo sobre igualdad de hombres y mujeres aplicable a las distintas empresas del grupo en el que además de la aprobación de planes de igualdad se prescribe la adopción de procedimientos específicos para solucionar problemas de acoso sexual entre sus empleados.

En el ámbito de la docencia, las universidades estadounidenses⁷⁶ son pioneras en la adopción de políticas contra el acoso sexual y en la elaboración de protocolos para prevenir y erradicar este tipo de conductas. Universidades de otros países han adoptado políticas similares, entre ellas las españolas, cuyas unidades de igualdad, en aplicación de la Ley Orgánica de Igualdad, han aprobado en los últimos años

72. LOI n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, JORF de 18 de enero de 2002.

73. Loi sur les normes du travail, <http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/>.

74. <http://www.nikeresponsibility.com/>.

75. <http://www.coca-colacompany.com>.

76. Así, por citar entre las más prestigiosas, las universidades de UCLA (<http://www.sexualharassment.ucla.edu>), Stanford (<https://harass.stanford.edu>) o Harvard (<http://osapr.harvard.edu>) que disponen de oficinas específicas para la prevención del acoso sexual.

protocolos contra el acoso sexual, avanzando en una cuestión pendiente⁷⁷ dada la ausencia de este tipo de políticas para la comunidad universitaria.

Si examinamos el contenido de estas guías o recomendaciones internacionales se aprecian pautas comunes a la hora de fijar directrices para que empresas y otras organizaciones elaboren los protocolos antiacoso. Se parte, en primer lugar, de la necesidad de realizar un diagnóstico conjunto por parte de la empresa y de los representantes de los trabajadores sobre la realidad organizativa a la que se va a aplicar las políticas de prevención del acoso. Tomando como guía el Código de conducta europeo del acoso sexual⁷⁸, el siguiente paso es la aprobación por parte de la empresa de una declaración institucional en la que se rechace terminantemente este tipo de conductas y se exprese su compromiso de ofrecer una resolución ágil del conflicto y de garantizar su reparación efectiva. En definitiva, esta declaración tiene como función esencial inculcar una cultura de prevención en la empresa dando a conocer a los trabajadores su postura de rechazo frente a este tipo de conductas y la existencia de vías de reacción frente a ellas.

Los protocolos deben ser negociados con los representantes de los trabajadores y posteriormente elaborados y difundidos entre el personal de la empresa. Es importante la implicación de los trabajadores, de ahí que la dirección de la empresa negocie los contenidos con los representantes de los trabajadores y que todos los integrantes de la organización asuman la responsabilidad de respetar y aplicar la política empresarial para preservar un entorno libre de acosos. El protocolo adoptará un canal de quejas que garantice la confidencialidad y el anonimato de las denuncias. Todo el procedimiento debe estar regido por los principios de imparcialidad y de agilidad del proceso, así como del de presunción de inocencia. Por otro lado, el protocolo debe prever vías de respuestas rápidas y eficaces que atiendan a la persona que plantea la queja o denuncia y que garanticen su inmunidad de manera que no puedan ser adoptadas represalias de ningún tipo contra la persona que ha presentado la queja.

En cuanto al contenido, es importante, en primer lugar, identificar las conductas constitutivas de acoso mediante algunos ejemplos. Se trata de regular la investigación de los hechos, la reparación a la víctima del daño causado y en su caso la aplicación de medidas disciplinarias a las personas culpables mediante sanciones proporcionales a la vez que disuasorias. El código de conducta europeo reconoce un proceso más informal de mediación para casos leves en que la persona demandada requiera este tipo de trámites y un procedimiento formal

77. Vid. un estado de la cuestión en IGAREDA, N.; BODELÓN, E., «Violencias sexuales y acoso sexual en el ámbito universitario español», *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, Vol. VII, núm. 2, mayo-agosto 2013.

78. Contenido en la Recomendación 1992/131/CEE ya citada. Vid. un análisis pormenorizado en PÉREZ DEL RÍO, T., 2012, *op. cit.*, pp. 133 y ss.

para el resto de casos. Resulta conveniente que el protocolo nombre unas personas de referencia para que puedan asesorar a las personas denunciantes y acompañarlas durante el proceso. Se requiere que las llamadas personas expertas o de referencia reciban formación en estos temas, ya sean trabajadores en plantilla o bien profesionales externos cuyos servicios son contratados por la empresa.

4.2. ALGUNOS EJEMPLOS DE REFERENCIA INTERNACIONAL PARA EL ACOSO ESCOLAR

En otras modalidades de acoso, como el acoso escolar, destacan como referentes internacionales programas exitosos para prevenir el acoso escolar adoptados en países como Noruega o Finlandia, cuyas fórmulas han sido aplicadas en otros países. Estos programas⁷⁹ combinan acciones universales de formación o sensibilización dirigidas a todos los estudiantes con acciones concretas una vez que se ha detectado el riesgo de acoso o bien ya se ha producido. Coinciden estos programas o estudios en recomendar una serie de medidas dirigidas, entre otros aspectos, a: aumentar la conciencia, denunciar e investigar los casos de acoso en el centro escolar, realizar acciones terapéuticas a las partes implicadas en el acoso, mediar en la resolución de conflictos, introducir el acoso escolar en los planes de estudio, etc⁸⁰.

El programa Olweus implantado en Noruega en los años ochenta es el más antiguo y conocido de los programas contra el acoso escolar. El programa dirigido a las escuelas de primaria y secundaria comporta la realización de una serie de acciones a implementar en los centros escolares para concienciar sobre los problemas de acoso y encauzar vías de resolución. En 2002 Noruega lo sustituyó por el programa Zero gracias a la iniciativa conjunta del Ministerio de Educación, el principal sindicato de profesores, el Consejo Nacional de Padres y el Defensor del Menor. El programa Zero pretende reducir al máximo el acoso escolar en los centros educativos fomentando una estrecha cooperación entre padres, profesores y alumnado. Por su parte, el programa KiVa⁸¹ –de características similares a los anteriores– se implantó en Finlandia a partir del año 2007 y podría hablarse igualmente de la existencia de buenas prácticas y programas similares en otros países. Así, en Estados Unidos a raíz del tiroteo de Columbine de 1999, la práctica totalidad de Estados han aprobado leyes anti-bullying dirigidas a los

79. Vid. una explicación más completa en OVEJERO, A., «El acoso escolar: cuatro décadas de investigación internacional», en OVEJERO, A.; SMITH, P. K.; YUBERO, S. (Coords.), *El acoso escolar y su prevención. Perspectivas internacionales*, siglo XXI, 2013, pp. 11 y ss.

80. OVEJERO, *op. cit.*, p. 39.

81. La difusión de los materiales y la información por Internet es un aspecto relevante de este programa. Cfr. <http://www.kivaprogram.net/>.

distritos escolares y escuelas cuyo contenido⁸² es diverso pero que coinciden en su mayoría en modificar los regímenes disciplinarios de seguridad en las escuelas para incluir este tipo de conductas y a la vez en exigir programas para erradicar el acoso en los centros escolares. Algunas leyes estatales como la de California⁸³ condicionan la concesión de financiación para los estudiantes a la adopción por parte de los centros educativos de políticas contra el acoso. Desde que fueron aprobados estos programas se ha constatado un descenso de los casos de acoso escolar en las escuelas de Estados Unidos⁸⁴. En España casi todas las Comunidades Autónomas han aplicado programas para erradicar la violencia y el acoso en los centros docentes y/o han aprobado directrices sobre planes de convivencia elaborando a su vez protocolos de prevención y erradicación del acoso, en aplicación de lo previsto en el art. 121 de la Ley Orgánica de Educación⁸⁵.

5. CONCLUSIONES

Los protocolos antiacoso son manifestaciones de autorregulación multi-lateral que implementan derechos fundamentales ligados a la persona como son la integridad de la salud, la dignidad o el derecho a la igualdad. La relación de los protocolos con las normas jurídicas es, en general, de corre-regulación y dichas estrategias normativas han experimentado un auge con las nuevas formas de gobernanza. Un buen ejemplo lo provee la Directiva 2006/54/CE en materia de igualdad y empleo que llama a los agentes sociales a implementar dicha normativa.

El acoso como fenómeno social ha tenido un reconocimiento doctrinal y/o institucional tardío y dependiendo de la modalidad de acoso el grado de penetración normativa continúa siendo muy desigual: mientras que el acoso sexual es definido en nuestro ordenamiento jurídico por normas de distintos niveles y cuenta con una jurisprudencia consolidada, otras modalidades de acoso tienen un nulo o escaso reconocimiento jurídico sin que tengan un tratamiento normativo específico (por ejemplo, el acoso inmobiliario o cibernético). En un plano intermedio se sitúa el acoso moral que, aunque se menciona en distintas normas

82. STUART-CASSEL, V.; BELL, SPRINGER, F., *ANALYSIS of State Bullying Laws and Policies*, IX, 2011, US Department of Education, <http://www2.ed.gov/rschstat/eval/bullying/state-bullying-laws/state-bullying-laws.pdf>.

83. Senate Bill núm. 967, de 10 de febrero de 2014, que añade la sección 67386 al Código de Educación.

84. FINKELHOR, D., «Trends in Bullying and Peer Victimization», *Crimes Against Children Research Center Bulletin*, University of New Hampshire, enero, 2013.

85. Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación, cuyo art. 121 prescribe que los centros docentes deben aprobar sus propios proyectos educativos incorporando un plan de convivencia.

como el Estatuto Básico del Empleado Público, carece de una definición normativa pese a las numerosas propuestas a favor de que se regule a nivel europeo o a la decisiva influencia en la negociación colectiva del acuerdo marco sobre acoso y violencia en el trabajo. En todo caso, la falta de reconocimiento jurídico de las situaciones de acoso refuerza la importancia de los protocolos y códigos de conductas en su faceta de concienciación y visibilización pero también como instrumentos claves en la identificación y calificación de las conductas ante la ausencia de una definición o calificación normativas.

En cuanto a la obligatoriedad en la adopción de los protocolos antiacoso, la LOI obliga a las empresas a que adopten medidas preventivas específicas frente al acoso sexual o por razón de sexo (art. 48 LOI) y en el caso de las administraciones públicas se refiere expresamente a la necesidad de adoptar un protocolo (art. 62 LOI). Para el resto de modalidades de acoso laboral, las empresas en cuanto deben preservar la salud integral de sus empleados están obligadas a implantar medidas preventivas frente al acoso moral y otros riesgos de carácter psicosocial. La falta de adopción de este tipo de medidas podría dar lugar a responsabilidades administrativas tanto *ex ante* como una vez acaecido el acoso.

Al hilo de las nuevas tecnologías y a la existencia de una economía globalizada, abundan multitud de protocolos, guías o recomendaciones aprobadas por comisiones de expertos, organismos internacionales o instituciones que, pese a carecer de eficacia normativa, han sido o son influyentes en la adopción de este tipo de políticas por parte de las empresas y entidades. En el mismo plano internacional, son muchas las empresas multinacionales que se han comprometido unilateralmente o han negociado acuerdos marcos transnacionales –dirigidos a los empleados de sus filiales e incluso a sus contratistas y proveedores– que recogen la prohibición de las conductas de acoso y, en algunos casos, prevén políticas y protocolos de prevención. Son instrumentos producto en su mayoría de la autonomía colectiva que carecen de eficacia normativa pero sí tienen eficacia jurídica entre las partes negociadoras si bien su eficiencia dependerá de la existencia de mecanismos que supervisen el cumplimiento de los acuerdos.

En el ámbito de las relaciones laborales en España, los protocolos antiacoso suelen hallarse en planes de igualdad de empresa, planes de prevención de riesgos laborales o bien se reconocen mediante documentos independientes y específicos sobre la materia. En todo caso, el espacio natural de los protocolos antiacoso es la negociación colectiva y, claro está, los protocolos tendrán la misma eficacia normativa que la de los instrumentos de negociación en que se incorporen. El instrumento de negociación escogido con mayor frecuencia es el acuerdo de empresa *ad hoc* en vez de incorporarse

a un convenio colectivo de empresa o de ámbito superior. En el trabajo se defiende la incorporación de los protocolos en los convenios para que así se incorporen a la dinámica de revisión o evaluación periódica de negociación. Los protocolos antiacoso gozan expresamente de inmunidad (art. 82.3 ET) frente a la posibilidad de que las empresas inapliquen por causas económicas o productivas los convenios colectivos. Igualmente sería defendible el mantenimiento de la ultraactividad de los protocolos sin que se aplique la pérdida de vigencia tras la denuncia del convenio prevista en el art. 86.3 ET y ello porque, a diferencia de otras materias, su contenido no atañe a intereses de negociación contrapuestos pero sobretodo porque implementan derechos de salud y de no discriminación.

BIBLIOGRAFÍA

ALTÉS TÁRREGA, J., *El acoso sexual en el trabajo*, Tirant lo Blanch, 2002.

BARRÈRE UNZUETA, M. A., «El acoso sexual: una mirada a su origen y a su evolución en la Unión Europea», en GIL RUIZ, M. J. (Coord.), *Acoso sexual y acoso por razón de sexo: actuación de las administraciones públicas y de las empresas*, Consejo General del Poder Judicial, 2013.

COMISIÓN EUROPEA:

- Comunicación de la Comisión, de 25 de julio de 2001, «La gobernanza europea –Un Libro Blanco», COM (2001) 428 final– Diario Oficial C 287.

- Libro Verde de la Comisión Europea «Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas», 18 de julio de 2001, COM (2001) 366 final, p. 7.

- Comunicación de la Comisión de 11 de marzo de 2002, «Estrategia europea sobre seguridad y salud en el trabajo», COM (2002) 118.

CONDE COLMENERO, P., *El acoso laboral en el empleo público*, ed. Comares, 2009.

EIJLANDER, P., *Possibilities and Constraints in the Use of Self-Regulation and Co-Regulation in Legislative Policy: Experiences in the Netherlands-Lessons to Be Learned for the EU?*, vol. 9.1, *Electronic Journal of Comparative Law*, 2005.

FABREGAT MONFORT, G., «La negociación de los planes de igualdad», *Revista de Relaciones Laborales*, núm. 4, abril 2013, Año 29.

FINKELHOR, D., «Trends in Bullying and Peer Victimization», *Crimes Against Children Research Center Bulletin*, University of New Hampshire, enero, 2013.

- GALA, C.; BODELÓN, E., «Protocolos contra el acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito de las empresas», en GIL RUIZ, M. J. (Coord.), *Acoso sexual y acoso por razón de sexo: actuación de las administraciones públicas y de las empresas*, Consejo General del Poder Judicial, 2013.
- GARCÍA RUBIO, M. P., «Responsabilidad social empresarial y autorregulación. Los códigos de conducta y las fuentes del derecho», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2141, abril, 2012.
- GIMENO NAVARRO, M. A.; MEJÍAS GARCÍA, A.; CARBONELL VAYÁ, E. J., *Protocolos sobre acoso laboral. Procedimiento de solución autónoma de conflictos de violencia laboral*, ed. Tirant lo Blanch, 2009.
- GOÑI SEIN, J. L., «Valor jurídico de los códigos de conducta empresariales», en J. L. GOÑI SEIN (Dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, ed. La Ley, 2011.
- GUERRERO, M. I., «The development of moral harassment (or mobbing) law in Sweden and France as a step towards EU legislation», *Boston College International and Comparative Law Review*, 477, Spring, 2004.
- IGAREDA, N.; BODELÓN, E., «Violencias sexuales y acoso sexual en el ámbito universitario español», *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, Vol. VII, núm. 2, mayo-agosto 2013.
- JENKINS, R., «Codes of Conduct: Self Regulation in a Global Economy», paper num. 2, United Nations Research Institute for Social Development, 2001.
- LARRAURI, E., «El nuevo delito de acoso sexual: una primera valoración», *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, núm. 7, 1997.
- LÓPEZ LÓPEZ, J., «Buenas prácticas y negociación colectiva», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 102, 2000.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y.; MIRANDA BOTO J. M^a, «Las obligaciones de la empresa en materia de acoso moral, acoso sexual y acoso por razón de sexo: los protocolos antiacoso», en VELASCO PORTERO, M^a T. (Dir.), *Mobbing, acoso laboral y acoso por razón de sexo. Guía para la empresa y las personas trabajadoras*, ed. Tecnos, 2010.
- MARTÍNEZ ABASCAL, V. A., *El acoso moral en el trabajo: claves para su protección judicial*, ed. Tirant lo Blanch, 2008.
- MCCANN, D., «Sexual harassment at work: National and International responses», *Conditions of Work and Employment Programme*, núm. 2, ILO, 2005.
- OVEJERO, A., «El acoso escolar: cuatro décadas de investigación internacional», en OVEJERO, A.; SMITH, P. K.; YUBERO, S. (Coords.), *El acoso escolar y su prevención. Perspectivas internacionales*, siglo XXI, 2013.

- MENDOZA CALDERÓN, S., *El Derecho Penal frena a las formas de acoso a menores*, ed. Tirant lo Blanch, 2013.
- MOLINA NAVARRETE, C., *El Acuerdo Marco Comunitario para la Gestión del Acoso y la Violencia en el Trabajo*, ed. Bomarzo, 2008.
- PÉREZ DEL RÍO, T., «La violencia de género en el empleo como violación del derecho a la integridad física y psíquica y su prevención. La función de los interlocutores sociales», *Lan Harremanak*, núm. 25, 2012.
- REY DEL GUANTER, S., «Acoso Sexual y relación laboral», *Relaciones laborales*, 1993
- RIVAS, P.; EZQUERRA ESCUDERO, L., y AGUSTÍ MARAGALL, J., *Estudios sobre el derecho a la vida e integridad física y moral en el trabajo*, Atelier, 2010.
- ROJAS RIVERO, G. P., «Códigos de buenas prácticas contra el acoso sexual y moral», en J. L. GOÑI SEIN (Dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, ed. La Ley, 2011.
- SANGUINETTI RAYMOND, W., «Los alcances de la responsabilidad social de las empresas multinacionales: del grupo a la cadena de producción», en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (Coord.), *Observatorio de negociación colectiva: Empleo público, igualdad, Nuevas tecnologías y Globalización*, ed. Cinca, 2010.
- STUART-CASSEL, V.; BELL, SPRINGER, F., *Analysis of State Bullying Laws and Policies*, IX, 2011, US Department of Education, <http://www2.ed.gov/rschstat/eval/bullying/state-bullying-laws/state-bullying-laws.pdf>.
- VALDÉS ALONSO, A., «Algunas consideraciones sobre el contenido laboral de los códigos de conducta», *Revista Aranzadi Social*, núm. 13, 2010.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., «Derecho del Trabajo y Orden Económico Globalizado: El Imparable Avance del Derecho Flexible», *Claridad*, verano 2005.

UNIDAD 3

DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

Competencias

- Comprende la evolución del delito de receptación en la legislación peruana y analizar su delimitación con el delito de encubrimiento.

PRIMERA LECTURA

Verde, A. (2019). *El delito de receptación en la doctrina contemporánea*. En Verde, A. (2018). *La receptación como delito contra el mercado formal*. Madrid, España. Editorial Marcial Pons, pp. 65-138.

Lo que justifica que la receptación sea un delito contra el patrimonio, equivocado o no, debe buscarse, con independencia de la cuestión relativa a su ubicación en un cuerpo legislativo. Lo que interesa, en rigor, es el análisis de las razones morales y político criminal que determinan, por un lado, en qué consiste la ilicitud de una determinada conducta y cuál es el daño que produce.

ALEJANDRA VERDE

**LA RECEPCIÓN
COMO DELITO
CONTRA EL MERCADO
FORMAL**

**Delimitación con el encubrimiento.
Delito posterior copenado**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2019

La colección *Derecho penal y Criminología* publica aquellos trabajos que han superado una evaluación anónima realizada por especialistas en la materia, con arreglo a los estándares usuales en la comunidad académica internacional.

Los autores interesados en publicar en esta colección deberán enviar sus manuscritos en documento *Word* a la dirección de correo electrónico manuscritos@derechopenalycriminologia.es. Los datos personales del autor deben ser aportados en documento aparte y el manuscrito no debe contener ninguna referencia, directa o indirecta, que permita identificar al autor.

Puede encontrarse más información sobre la colección en la siguiente página web: www.derechopenalycriminologia.es.

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Alejandra Verde

© MARCIAL PONS

EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ (91) 304 33 03

www.marcialpons.es

ISBN: 978-84-9123-641-2

Depósito legal: M. 18.147-2019

Diseño de la cubierta: ene estudio gráfico

Fotocomposición: Francisco Javier Rodríguez Albite

Impresión: ELECÉ, INDUSTRIA GRÁFICA, S. L.

Polígono El Nogal - Río Tiétar, 24 - 28110 Algete (Madrid)

MADRID, 2019



CAPÍTULO II

EL DELITO DE RECEPCIÓN EN LA DOCTRINA CONTEMPORÁNEA

1. INTRODUCCIÓN. PANORAMA GENERAL EN ALEMANIA, ESPAÑA Y ARGENTINA

En las legislaciones particulares alemanas del siglo XIX ya se consideraba la receptación como un delito y se la regulaba dentro de los delitos contra el patrimonio en la parte especial de los respectivos Códigos Penales, con total independencia de la participación criminal¹. Recuérdese, por su parte, que los comportamientos de favorecimiento real y de favorecimiento personal, en cambio, en esas legislaciones continuaron siendo regulados a lo largo de varias décadas dentro de la participación criminal, en la parte general².

El ánimo de enriquecerse o beneficiarse del receptor fue lo que motivó a los autores de mediados del siglo XIX, por un lado, al desarrollo del estudio y tratamiento de esta conducta como un delito independiente de la participación criminal y, por el otro, a su delimitación, como un delito contra el patrimonio, respecto del favorecimiento real³. Este movimiento en la evolución legislativa de este delito, que también se dio de modo similar en España, no se verificó, en cambio, nunca en Argentina.

¹ Así, LK-WALTER, «§ 259», nm. 1, p. 606. Sobre el tratamiento de la receptación en el Código Penal de Hannover de 1840 *vid.*, por todos, Christian NEUMANN, *Reform...*, *op. cit.*, pp. 15 y s. Respecto del tratamiento de la receptación en el Código Penal para los Estados prusianos de 1851 *vid.*, entre otros, Britta WOLFF, *Begünstigung, Strafvereitelung...*, *op. cit.*, pp. 44 y ss.; Christian NEUMANN, *Reform...*, *op. cit.*, p. 40; Karsten ALTENHAIN, *Das Anschlußdelikt*, *op. cit.*, pp. 86 y s.; Xaver GRETENER, *Begünstigung und Heblerei...*, *op. cit.*, pp. 53 y s.

² Respecto de esta cuestión, por ejemplo, en el Código Penal para los Estados prusianos de 1851, *vid.*, entre otros, Britta WOLFF, *Begünstigung, Strafvereitelung...*, *op. cit.*, p. 44; Christian NEUMANN, *Reform...*, *op. cit.*, p. 39; Karsten ALTENHAIN, *Das Anschlußdelikt*, *op. cit.*, p. 76; Xaver GRETENER, *Begünstigung und Heblerei...*, *op. cit.*, p. 52.

³ Respecto de la teoría subjetiva utilizada en aquel entonces para delimitar las conductas de favorecimiento y receptación *vid.*, entre otros, Christian NEUMANN, *Reform...*, *op. cit.*, p. 49; Karsten ALTENHAIN, *Das Anschlußdelikt*, *op. cit.*, p. 87. *Id.*, por todos, LK-WALTER, «§ 259», nm. 1, p. 606.

Esta tendencia doctrinaria en la literatura alemana de esa época se vio reflejada también en la legislación, como ya se pudo apreciar. En efecto, en 1851 se tipificó la receptación en el Código Penal prusiano y, a partir de ese momento, dicha conducta es en Alemania un delito regulado en la parte especial del StGB. Ahora bien, como consecuencia de una reforma del Código Penal prusiano que tuvo lugar en 1856, la motivación del receptor perdió importancia y hasta se llegó a rechazar que el ánimo de enriquecimiento fuese un elemento necesario de ese tipo penal⁴. Lo anterior ocurrió porque el favorecimiento real no estaba tipificado como un delito y, en consecuencia, quiso abarcarse a ambos comportamientos dentro del delito de receptación⁵.

La discusión sobre el ánimo de lucro del receptor volvió a cobrar importancia cuando se dictó el RStGB, oportunidad en la que, de una vez por todas, se tipificaron en Alemania las conductas de favorecimiento real y favorecimiento personal también como delitos, independientes de la participación criminal, junto al tipo penal de la receptación, y *todos ellos* dentro de los delitos contra el patrimonio⁶. El tipo penal de receptación del RStGB exigía que su autor actuara en su propio beneficio (*seines Vorteils*).

Autores alemanes muy importantes de mediados y fines del siglo XIX, como Binding⁷ y Gretener⁸, pusieron mucho énfasis en la necesidad de independizar las conductas de encubrimiento de la participación criminal, y fueron de hecho muy influyentes tanto para que la receptación sea legislada entre los delitos contra el patrimonio como para imponer esta idea en los autores de la época. En efecto, Binding y Gretener desarrollaron la teoría de la perpetuación (*Perpetuierungslehre*) para explicar por qué la receptación lesionaba un bien jurídico (concretamente el patrimonio) y por qué, por tanto, debía ser castigada jurídico-penalmente⁹. Ello fue aceptado por el Reichsgericht (en adelante RG) y luego materializado nuevamente, y quizá con más fuerza, en el proyecto de reforma del RStGB de 1962, que algunos años más tarde se convertiría en ley.

La reforma del StGB alemán de 1974 repercutió sobre los —ya en aquel entonces— delitos de favorecimiento y receptación, denominados por la doctrina alemana «delitos de conexión» (*Anschlussdelikte*). Así, el legislador de 1974 incorporó en el tipo penal de receptación, por un lado, el requisito expreso de que lo que se compra, obtiene, vende o ayuda a vender deba ser una *cosa* obtenida por medio de un delito anterior que afecte al patrimonio

⁴ Así, por todos, LK-WALTER, «§ 259», nm. 1, p. 606.

⁵ *Ibid.*

⁶ Al respecto *vid. ibid.*, p. 606; Christian NEUMANN, *Reform...*, *op. cit.*, p. 413.

⁷ *Vid.* Karl BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrecht...*, *op. cit.*, t. I, pp. 385 y ss.; *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrecht...*, *op. cit.*, t. II, pp. 664 y ss.

⁸ *Vid.* Xaver GRETENER, *Begünstigung und Heblerei...*, *op. cit.*, pp. 170 y ss.

⁹ Así, *ibid.*, p. 178; Karl BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, *op. cit.*, t. II, pp. 570 y ss.

ajeno y, por el otro, exigió el ánimo de lucro del autor del delito de receptación simple. Según los autores alemanes, esas modificaciones explicitaron la naturaleza de la receptación como un delito contra el patrimonio¹⁰.

Como es sabido, el favorecimiento real y el favorecimiento personal, al momento de la reforma del StGB de 1974, ya se encontraban tipificados como delitos, también dentro del capítulo del StGB que protegía el patrimonio. La ubicación sistemática de esos tipos penales fue muy discutida —y de hecho rechazada— por la mayoría de los autores alemanes¹¹. Sin embargo, en la referida reforma del Código Penal alemán no se modificó su ubicación, pese a todas las justificadas críticas que ello mereció y merece, en particular en lo que hace a la consideración de las conductas de *favorecimiento* como delitos contra el patrimonio (no había, en cambio, mayores objeciones —y no las hay— a la consideración de la *receptación* como delito patrimonial).

Las teorías desarrolladas por los autores alemanes para justificar la prohibición y el castigo penal de la receptación fueron (y son) bastante variadas. Según la opinión mayoritaria, el § 259 StGB protege el patrimonio¹² y considera que el ilícito de ese delito consiste en «mantener la situación patrimonial antijurídica, causada por el delito anterior, a través de un nuevo tráfico del botín»¹³. Gretener, por su parte, lo definió como la profundización, la prolongación o el mantenimiento de una situación patrimonial antijurídica¹⁴.

¹⁰ Al respecto *vid.* Klaus GEPPERT, «Zum Verhältnis von Täterschaft/Teilnahme an der Vortat und sich anschließender Hehlerei (§ 259 StGB)», *Jura*, 1994, p. 100; Karsten ALTENHAIN, «§ 259», *NK-StGB*, 4.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2013, nm. 1, p. 441 (en adelante NK-ALTENHAIN, «§ 259»); LK-WALTER, «§ 259», nm. 1, p. 606.

¹¹ *Vid.*, por todos, Karl BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrecht...*, *op. cit.*, t. I, pp. 642 y ss.; Christian NEUMANN, *Reform...*, *op. cit.*, pp. 69 y ss. Entre autores más actuales *vid.*, por todos, Horst SCHRÖDER, «Die Rechtsnatur der Begünstigung und Hehlerei», *MDR*, 1952, p. 68.

¹² *Vid.* LK-WALTER, «§ 259», nm. 2, p. 607; Gunther ARZT y Ulrich WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil. Lehrbuch*, Bielefeld, Gieseking, 2003, § 28, nm. 1, p. 664; Tommas FISCHER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 61.ª ed., München, Beck, 2014, § 259, nm. 3, p. 1833 [en adelante FISCHER-StGB (2014)]; Harro OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, 7.ª ed., Berlin, De Gruyter, 2005, § 8, nm. 1, p. 301; Klaus GEPPERT, «Zum Verhältnis von Täterschaft...», *op. cit.*, p. 100; Friedrich GEERDS, «Zum Tatbestand der Hehlerei aus der Sicht des Kriminologen», *GA*, 1958, p. 131; Günter STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil*, 2.ª ed., Bern, Stämpfli & Cie., 1973, § 15, p. 262; Gunther ARZT, «Die Hehlerei...», *op. cit.*, pp. 10 y ss.; Paul BOCKELMANN, «Über das Verhältnis der Begünstigung...», *op. cit.*, p. 621, nota al pie 11; Jans-Joachim RUDOLPH, «Grundprobleme...», *op. cit.*, p. 1; Hans KUDLICH, «Neuere Probleme bei der Hehlerei (§ 259 StGB)», *JA*, 2002, p. 672; Kurt SEELMANN, «Grundfälle zur Hehlerei (§ 259 StGB)», *JuS*, 1988, pp. 39 y s.; Bernd VON HEINTSCHEL-HEINEGG, «Comentario al fallo del BGH, 2 StR 329/08, del 27 de agosto de /08/2008», *JA*, München, Luchterhand, 2008, p. 900; Mark ZÖLLER y Karl-Heinz FROHN, «Zehn Grundprobleme des Hehlereitbestandes (§ 259 StGB)», *Jura*, 1999, pp. 378 y s.

¹³ LK-WALTER, «§ 259», nm. 2, p. 607. Respecto de lo que, según la teoría de la perpetuación, constituye el ilícito de la receptación, *vid.*, entre otros, Paul BOCKELMANN, «Über das Verhältnis der Begünstigung...», *op. cit.*, p. 621, nota al pie 11; Harro OTTO, *Grundkurs Strafrecht...*, *op. cit.*, § 8, nm. 1, p. 301.

¹⁴ *Vid.* Xaver GRETENER, *Begünstigung und Hehlerei...*, *op. cit.*, pp. 170 y 175.

Se indicó recientemente que, debido a la ubicación que el legislador le dio a la receptación en el StGB, esto es, dentro de los delitos contra el patrimonio, la mayoría de los autores alemanes considera que ello constituye un indicio importante a favor de la tesis de que ese es el bien jurídico que este delito lesiona. Ahora bien, llama la atención que ese argumento de *lege lata* sea utilizado para justificar o apoyar la idea de que la receptación es un delito contra el patrimonio, pero que, cuando se trata del favorecimiento real y del favorecimiento personal, ubicados junto a la receptación y, por tanto, también dentro de los delitos que afectan el patrimonio, no solo no se valen de ese argumento, sino que lo rechazan por considerarlo un mero argumento de *lege lata*.

La doctrina alemana dominante entiende, en efecto, que la ubicación del favorecimiento real y del favorecimiento personal dentro de los delitos contra el patrimonio es un error del legislador y que ello ocurrió únicamente debido a la tradición de su tratamiento en forma conjunta con la receptación. Es evidente, entonces, que la mera ubicación sistemática del tipo penal del que se trate en el Código Penal no puede constituir un argumento suficiente para determinar cuál es el bien jurídico afectado¹⁵.

Ahora bien, es cierto que las incorporaciones en el tipo penal que prohíbe la receptación, producto de la reforma del StGB de 1974, hablan a favor de la tesis alemana mayoritaria que sostiene que esta conducta afecta el patrimonio. Sin embargo, esas modificaciones tuvieron lugar en el último tercio del siglo XX, mientras que el delito de receptación fue concebido como un delito contra el patrimonio ya desde su tipificación como delito autónomo a mediados del siglo XIX. Con esto quiero decir que los cambios legislativos de finales del siglo pasado permiten confirmar la influencia que, en esa legislación, tuvo la doctrina que desde hacía más de un siglo afirmaba que la receptación era un delito contra el patrimonio.

Lo que justifica que la receptación sea un delito contra el patrimonio, equivocado o no, debe buscarse, a mi juicio, con independencia de la cuestión relativa a su ubicación en un cuerpo legislativo. Lo que interesa, en rigor, es el análisis de las razones morales y político-criminales que determinan, por un lado, en qué consiste la ilicitud de una determinada conducta y cuál es el daño que produce, y, por el otro, si en virtud de ello merece castigo penal. En este punto, por tanto, no se trata de *explicar* qué hizo el legislador, sino de *valorar* si lo que hizo fue correcto y, en todo caso, qué *debería hacer* (argumentación de *lege ferenda*).

Esto mismo es, de hecho, lo que hacen los autores alemanes. La mayoría de estos, en efecto, para justificar que la receptación es un delito contra el

¹⁵ Al respecto *vid.*, entre otros, Karl BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrecht...* *op. cit.*, t. I, pp. 642 y ss.; Christian NEUMANN, *Reform...*, *op. cit.*, pp. 69 y ss.

patrimonio dejan de lado el análisis del Derecho positivo y formulan la denominada «teoría de la perpetuación»¹⁶. En función de este enfoque —que luego se analizará con más detalle— el ilícito de la receptación consiste precisamente en el mantenimiento de la situación *patrimonial* antijurídica creada por el autor del delito anterior¹⁷. En otras palabras, «el receptor consolida (perpetúa) una posición patrimonial contraria al Derecho, derivada de un delito contra el patrimonio, a través del traspaso de la cosa a una “segunda mano” y, con ello, por regla general, dificulta el restablecimiento de la situación posesoria anterior conforme a Derecho»¹⁸.

Por tanto, para la teoría de la perpetuación, a diferencia de lo que ocurre respecto del favorecimiento real y del favorecimiento personal, mediante la prohibición de la receptación no se protege un bien jurídico de carácter colectivo, como la administración de justicia, sino uno de carácter individual, esto es, el patrimonio de la víctima del delito anterior¹⁹. Ahora bien, dentro de la teoría de la perpetuación existen varias variantes que se analizarán a continuación.

Hay autores que afirman que ese mantenimiento provoca una nueva lesión en el patrimonio de la víctima del hecho previo²⁰; otros sostienen, en cambio, que el mantenimiento en cuestión es en sí mismo una afectación al patrimonio de la víctima del hecho previo²¹; finalmente, la postura más di-

¹⁶ Vid., entre otros, Klaus GEPPERT, «Zum Verhältnis von Täterschaft...», *op. cit.*, p. 100; Frank WILBERT, *Begünstigung und Hehlerei...*, *op. cit.*, p. 39; Kurt BUBERT, *Die Hehlerei*, Kiel, Schön, 1964, p. 46; Wilfried KÜPER, «Die Merkmale “absetzt” und “absetzen hilft” in neuem Hehlereitattbestand...», *op. cit.*, p. 635; Sentencia del BGH núm. 2 StR 470/84, dictada con fecha 10 de octubre de 1984, en BGHSt 33, p. 52.

¹⁷ Con relación a la teoría de la perpetuación *vid.*, entre otros, Harro OTTO, *Grundkurs Strafrecht...*, *op. cit.*, § 8, nm. 1, p. 301; *id.*, *Die Struktur des strafrechtlichen...*, *op. cit.*, pp. 242 y ss., y 320 y ss.; Frank WILBERT, *Begünstigung und Hehlerei...*, *op. cit.*, p. 39; Paul BOCKELMANN, «Über das Verhältnis der Begünstigung...», *op. cit.*, p. 621, nota al pie 11; Wilfried KÜPER, «Die Merkmale “absetzt” und “absetzen hilft” in neuem Hehlereitattbestand...», *op. cit.*, p. 635; BGHSt 33, p. 52.

¹⁸ Wilfried KÜPER, «Die Merkmale “absetzt” und “absetzen hilft” in neuem Hehlereitattbestand...», *op. cit.*, p. 635. En el mismo sentido *vid.* Walter STREE, «Die Ersatzhehlerei als Auslegungsproblem», *JuS*, 1961, p. 52; *id.*, «Mitwirken zum Absatz strafbarer Güter», *GA*, 1961, pp. 36 y 38.

¹⁹ De esta manera, LK-WALTER, «§ 259», nm. 6, pp. 608 y s.

²⁰ Así, Xaver GRETENER, *Begünstigung und Hehlerei...*, *op. cit.*, p. 178; Karl BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, *op. cit.*, t. II, pp. 570 y ss.; *id.*, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrecht...*, *op. cit.*, t. I, pp. 385 y ss.; *id.*, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrecht...*, *op. cit.*, t. II, pp. 664 y ss. En contra *vid.* Tatjana HÖRNLE, «Anschlussdelikte als abstrakte Gefährungsdelikte – Wem sind Gefahren durch verbotene Märkte zuzurechnen?», en Andreas HOYER, Henning Ernst MÜLLER, Michael PAWLIK y Jürgen WOLTER (eds.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder*, Heidelberg, Müller, 2006, p. 482.

²¹ *Vid.*, entre otros, Walter STREE, «Die Ersatzhehlerei...», *op. cit.*, p. 52; Wilhelm GALLAS, «Der Betrug als Vermögensdelikt», en Eberhard SCHMIDT, Wilhelm GALLAS y Paul BOCKELMANN, *Festschrift für Eberhard Schmidt*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1961, p. 427, nota al pie 73; Reinhard FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 2.^a ed., Hirschfeld, 1901, p. 329. En contra *vid.* Theodor LENCKNER, «Straf- und Strafprozeßrecht», *JZ*, 1973, pp. 796 y s.; Karsten ALTENHAIN, *Das Anschlußdelikt*, *op. cit.*, p. 197; Kurt BUBERT, *Die Hehlerei*, *op. cit.*, pp. 53 y ss.

fundida entre los autores más modernos es la que entiende que el mantenimiento de la situación patrimonial antijurídica, que nace en un delito previo contra el patrimonio, afecta al patrimonio de la víctima de ese hecho anterior como consecuencia del traspaso del poder de disposición de la cosa a manos de otra persona, porque ello entorpece o afecta la pretensión de la víctima de recuperar la cosa²².

Algunos autores se adhieren a la teoría de la perpetuación en alguna de sus variantes, pero junto con otros argumentos de los que se sirven para mitigar las debilidades de la anterior. Se trata de posturas que entienden que la receptación es un delito pluriofensivo. Un claro ejemplo de ello es la denominada teoría de la peligrosidad (*Gefährlichkeitstheorie*). Esta puede ser clasificada dentro de la teoría de la perpetuación porque parte de las mismas premisas que esta, solo que ensaya una justificación adicional para legitimar el castigo penal. Para esta corriente de pensamiento, el contenido del ilícito de la receptación reside en dos aspectos: por un lado, en el mantenimiento de la situación patrimonial antijurídica creada por el autor del delito anterior, y, por el otro, en la creación de un peligro abstracto de próximos ataques delictivos a valores patrimoniales protegidos jurídico-penalmente²³. Por ello afirman que el § 259 StGB protege intereses de seguridad interna²⁴. De esos argumentos analizados conjuntamente se infiere que el Estado está legitimado para prohibir y castigar la receptación.

Cabe aclarar que la teoría de la perpetuación no es la única con la que se ha intentado explicar el ilícito de la receptación. No obstante, esta es la que ha tenido mayor aceptación en la doctrina y en la jurisprudencia alemanas, incluso en nuestros días. Otra postura desarrollada en Alemania para explicar el ilícito de la receptación es la «teoría de la frustración de la restitución», de Horst Schröder²⁵. De acuerdo con ella, la receptación y el favorecimiento real son diferentes comportamientos que lesionan intereses

²² Vid., por todos, Rudolf RENGIER, *Strafrecht. Besonderer Teil...*, op. cit., 13.ª ed., § 22, nm. 1, pp. 359 y s.; Jans-Joachim RUDOLPHI, «Grundprobleme...», op. cit., pp. 1 y 5; Gunther ARZT, «Die Hehlerei...», op. cit., pp. 10 y ss.; S/S – STREE/HECKER, § 259, nm. 1, p. 2451.

²³ Así, entre otros, Kurt SEELMANN, «Grundfälle zur Hehlerei...», op. cit., p. 39; LK-WALTER, «§ 259», nm. 3, p. 607; Jans-Joachim RUDOLPHI, «Grundprobleme...», op. cit., p. 4.

²⁴ Entre los autores alemanes que afirman una naturaleza doble de la receptación, como un delito contra el patrimonio y contra los intereses de seguridad o de prevención generales, vid., entre otros, Tatjana HÖRNLE, «Anschlussdelikte als abstrakte Gefährungsdelikte...», op. cit., pp. 487 y ss.; Jans-Joachim RUDOLPHI, «Grundprobleme...», op. cit., p. 4; LK-WALTER, «§ 259», nm. 3, p. 606. En la jurisprudencia alemana vid. Sentencia del BGH en pleno núm. GStSt 1/54, dictada con fecha 20 de diciembre de 1954, en BGHSt 7, p. 142. Sobre la receptación entendida únicamente como una conducta que afecta la prevención general o los intereses de seguridad generales vid. Olaf MIEHE, «Die Schutzfunktion der Strafdrohungen gegen Begünstigung und Hehlerei», en *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen, Otto Schwartz, 1970, p. 105.

²⁵ Vid. Horst SCHRÖDER, «Begünstigung und Hehlerei», en *Festschrift für Rosenfeld*, Berlin, De Gruyter, 1949, pp. 167 y ss.; íd., «Die Rechtsnatur der Begünstigung...», op. cit., pp. 71 y s.

públicos de restitución. El mencionado autor, si bien no desconoce que la receptación es un delito que afecta al patrimonio de la víctima del delito previo, considera que no se trata de un puro delito contra el patrimonio, sino que lesiona también la actividad de la administración pública, en cuanto al desarrollo de su función tendente a hacer efectiva la referida restitución de la cosa a su propietario o poseedor legítimo²⁶. Para Schröder, entonces, la receptación es un delito que afecta dos bienes jurídicos de manera conjunta: los derechos patrimoniales privados de la víctima del delito anterior y la pretensión de restitución de la cosa, que es una pretensión de naturaleza pública²⁷.

Un punto de vista bastante diferente a los anteriores lo ofrece la «teoría del aprovechamiento» (*Nutznießungstheorie*), muy popular antes de la reforma de 1974 del StGB alemán, pero hoy abandonada en Alemania, principalmente por razones *de lege lata*. Esta postura hace descansar la naturaleza del delito de receptación en la ambición del encubridor de obtener beneficios derivados de la explotación o el aprovechamiento de una situación patrimonial antijurídicamente obtenida²⁸.

Olaf Miehe, por su parte, sostuvo que mediante la prohibición de las conductas de receptación se quería aislar al autor del delito anterior, de manera tal que, tras la comisión del hecho, no encontrase a quién venderle la cosa ni que le genere otros beneficios. Así, según el referido autor, se fortalecería el fin del Derecho penal y, en consecuencia, la prevención general. A partir de esos presupuestos, Miehe y otros autores posteriores a él, afines a estas ideas, desarrollaron la denominada «teoría de la vigencia del Derecho» (*Rechtsgeltungstheorie*)²⁹.

La mencionada teoría de la peligrosidad es una combinación de la teoría de la perpetuación y de la teoría de la vigencia del derecho. En general, a esta última apelan todos los que en algún sentido afirman que con la receptación se protegen intereses de seguridad generales, o al Derecho penal entendido como un todo, digno de tutela jurídico-penal, o, de forma mediata, a todos los bienes jurídicos protegidos por medio de normas primarias jurídico-penales, o que no protege ningún bien jurídico, sino que busca restablecer el ordenamiento jurídico quebrantado por medio de la infracción anterior.

²⁶ Así, Horst SCHRÖDER, «Begünstigung...», *op. cit.*, pp. 170 y 177.

²⁷ *Ibid.*, p. 168.

²⁸ Así, entre otros, Wilhelm GALLAS, «Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutverletzung», en Wenzel GLEISPACH y Georg DAHM, *Festschrift für Gleispach*, Berlin, De Gruyter, 1936, p. 59; Friedrich GEERDS, «Zum Tatbestand der Hehlerei...», *op. cit.*, pp. 131 y s. Una explicación de esta teoría puede leerse en LK-WALTER, «§ 259», nm. 3, p. 607.

²⁹ Así, Olaf MIEHE, «Die Schutzfunktion der Strafdrohungen...», *op. cit.*, pp. 91, 104 y s.; LK-WALTER, «§ 259», nm. 3, p. 607. En el mismo sentido *vid.* BGHSt 7, p. 142.

En general, los autores alemanes diferencian entre el favorecimiento real y la receptación, porque esta última exige ánimo de lucro o enriquecimiento³⁰. Según la opinión alemana dominante, como ya dije, el ilícito de la receptación consiste en el mantenimiento de una situación patrimonial (posesoria) antijurídica, y esa conducta requiere de un acuerdo entre el receptor y el autor del delito anterior³¹. Además, se exige que todo ello sea realizado por el receptor con el objetivo de obtener un beneficio para sí mismo o para un tercero (ánimo de lucro)³².

En España la situación es mucho más compleja. No hay mucho acuerdo entre los autores respecto de estas cuestiones. La teoría de la perpetuación o del «mantenimiento» (como allí la denominan) tuvo bastante aceptación, principalmente en la segunda mitad del siglo pasado³³. Sin embargo, muchos autores consideran que la receptación es un delito pluriofensivo y que, además del patrimonio, se protege la administración pública³⁴. En Argentina la teoría de la perpetuación no ha tenido prácticamente ninguna recepción, dado que allí se considera, con bastante consenso, que la receptación es un delito contra la administración pública³⁵.

En España, sin embargo, hay autores que encuentran en el ilícito de la receptación algo similar a lo que planteaban los partidarios de la teoría alemana del aprovechamiento³⁶. Ahora bien, hay que aclarar que, en España,

³⁰ Vid., entre otros, Xaver GREENER, *Begünstigung und Heblerei...*, op. cit., pp. 123 y s.; Urs KINDHÄUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, t. II, *Straftaten gegen Vermögensrechte*, 8.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2014, pp. 354 y ss.

³¹ Vid., por todos, LK-WALTER, «§ 259», nm. 4, p. 608; NK-ALTENHAIN, «§ 259», nm. 25 y s., p. 450.

³² Así, por todos, NK-ALTENHAIN, «§ 259», nm. 64 y s., p. 464.

³³ Vid. Norberto DE LA MATA, *Límites de la sanción en el delito de receptación...*, op. cit., pp. 23 y 31.

³⁴ Así, entre otros, Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 12.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 517 y s.; Tomás VIVES ANTÓN, «Capítulo XXVII. Delitos contra la propiedad. Cuestiones generales. Robo y hurto. Problemas comunes», en Enrique ORTOS BERENGUER (dir.), *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 416; José Manuel PALMA HERRERA, «Artículo 298», en Manuel COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código Penal*, t. IX, *Delitos contra el patrimonio y delitos contra el orden socioeconómico*, Madrid, EDERSA, 1999, pp. 604 y s.; Luis RUIZ RODRÍGUEZ, *El delito de encubrimiento*, Barcelona, Atelier, 2001, pp. 78 y ss.

³⁵ Con excepción de algunos autores más modernos dedicados principalmente al estudio del lavado de dinero. Así, por todos, Fernando CÓRDOBA, *Delito de lavado de dinero*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, p. 60.

³⁶ En el art. 298 del Código Penal español se prohíbe ayudar a que los intervinientes en un delito anterior contra el patrimonio se aprovechen de los efectos de ese delito. Además, se prohíbe la receptación propiamente dicha. La primera es claramente una forma de favorecimiento o encubrimiento real que nada debería hacer en el tipo penal que prohíbe la receptación. La mayoría de los autores españoles no critican este aspecto y, por el contrario, tratan de interpretar conjuntamente a todas las conductas que prohíbe dicha norma como comportamientos que lesionan el mismo bien jurídico. Ello trae como consecuencia que en muchos manuales de Derecho penal español, cuando se hace referencia al bien jurídico de la receptación, se encuentren afirmaciones similares a las de la teoría alemana del aprovechamiento. Vid., por ejemplo, entre otros, Francisco MUÑOZ CON-

dentro del tipo penal que prohíbe la receptación, se prohíben también conductas que son, a mi entender, formas de favorecimiento o encubrimiento real. Esto último genera mucha confusión entre los autores españoles para poder determinar el bien jurídico protegido por el art. 298 del Código Penal de ese país.

En España y en Argentina la diferenciación entre la receptación y el favorecimiento real no debe buscarse en la letra de la ley, dado que el legislador, al momento de tipificar estas conductas como delitos, no ha tenido muy claro la naturaleza de cada una de ellas. Esto último se advierte particularmente con la lectura del tipo penal de receptación en ambos países. En los dos casos, la receptación incluye comportamientos que, en rigor, son formas de favorecimiento real.

En Argentina, la confusión no gira únicamente en torno a ello. Además de lo anterior, el fin de lucro no es un requisito del tipo básico de lo que la doctrina y la jurisprudencia argentinas denominan «receptación», sino que su existencia fundamenta una pena más grave. Esto, tal como se analizará luego, o bien es un grave error legislativo o bien es el resultado de tipificar la receptación como una forma agravada de favorecimiento real. Sobre todo, si se considera, como hace la gran mayoría de autores argentinos, que se trata de un delito que lesiona la administración pública. Ninguna de esas hipótesis merecería acuerdo, como luego se verá.

Para finalizar estas páginas introductorias a la discusión contemporánea puede resumirse lo siguiente: la doctrina alemana se ha dedicado con detenimiento al problema de la fundamentación del ilícito de la receptación y ha desarrollado varias teorías al respecto. En España, la producción teórica en esa línea es menor, consecuencia en parte, seguramente, de que la receptación se tipificó allí como delito autónomo cien años después que en Alemania e incluso treinta años después que en Argentina. No obstante, existen aportes españoles actuales al respecto que son, a mi juicio, muy valiosos. En Argentina, en cambio, no existe sobre este problema ninguna producción teórica específica y sistemática.

A continuación voy a intentar demostrar que todas estas teorías que se desarrollaron para explicar el ilícito de la receptación y para justificar su prohibición penal son incorrectas. La mayoría asume entre sus argumentos premisas falsas o parte de supuestos incorrectos. En la teoría alemana del delito de receptación hay muchas contradicciones. Es muy común, principalmente

DE, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., 12.ª ed., p. 517; Tomás VIVES ANTÓN, «Capítulo XXVII. Delitos contra la propiedad...», op. cit., p. 416; Gonzalo QUINTERO OLIVARES, «Capítulo XIV. De la receptación y otras conductas afines», en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.) y Fermín MORALES PRATS (coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 8.ª ed., Madrid, Thomson Reuters, 2009, p. 933. Una postura diferente puede encontrarse en Luis RUIZ RODRÍGUEZ, *El delito de encubrimiento*, op. cit., pp. 78 y ss.

en la literatura alemana, observar cómo los autores se han valido de los mismos argumentos que antes se utilizaban para justificar que la receptación era una forma de participación en el delito anterior para ahora afirmar exactamente lo que antes negaban: que se trata de un delito autónomo. Ello trae aparejado, como mínimo, inconsistencias en la justificación. En especial la teoría de la perpetuación, que constituye la doctrina dominante desde que la receptación es un delito en Alemania, no puede explicar el ilícito de la receptación ni justificar su prohibición.

Una vez efectuada esta crítica, en la segunda parte de este trabajo voy a desarrollar una teoría propia acerca del ilícito de la receptación que permita explicarlo de manera congruente y consistente, para luego explicitar por qué hay razones fundadas para prohibir dicho comportamiento.

2. LA TEORÍA DE LA PERPETUACIÓN

2.1. Aspectos generales

La teoría alemana de la perpetuación considera que la receptación es un delito contra el patrimonio³⁷ y que el patrimonio afectado por esa conducta es, pues, el mismo que resultó lesionado por la comisión de un delito anterior realizado por otro, del cual tiene que haber surgido una situación antijurídica. La forma en que, según esta postura, se daña ese patrimonio es mediante el mantenimiento o la perpetuación de esa situación antijurídica creada por el autor del delito anterior³⁸. De ahí adquiere su nombre. Existen, sin embargo, variantes dentro de esta teoría, dado que es de muy larga data y los autores han tratado de ir superando las críticas. Se trata de la teoría más aceptada en Alemania respecto de la receptación.

A continuación analizaré críticamente la teoría de la perpetuación en sus variantes más importantes. En este sentido, en los párrafos siguientes voy a mostrar que esta teoría es incapaz de mostrar la verdadera naturaleza de las conductas de receptación, porque parte de argumentos falsos y se basa en ficciones, y que ninguna de sus variantes ha podido brindar una justificación adecuada respecto de la necesidad de prohibir penalmente esta clase de comportamientos. La teoría de la perpetuación, a mi juicio, no es más que un resabio del tratamiento que recibió el encubrimiento en general durante los siglos anteriores³⁹.

³⁷ Vid. nota al pie 12 del capítulo II de este mismo trabajo.

³⁸ Así, entre otros, Harro OTTO, *Die Struktur des strafrechtlichen...*, op. cit., pp. 242 y ss., y 320 y ss.; ID., *Grundkurs Strafrecht...*, op. cit., § 8, nm. 1, p. 301; Paul BOCKELMANN, «Über das Verhältnis der Begünstigung...», op. cit., p. 621, nota al pie 11.

³⁹ En sentido similar, José Manuel PALMA HERRERA, «Artículo 298», op. cit., p. 605; Gunther ARZT, «Die Hehlerei...», op. cit., p. 11.

2.1.1. Los mismos argumentos para sostener lo opuesto

La similitud entre los argumentos expuestos por la teoría de la perpetuación y otras explicaciones que consideraban a la receptación como una forma de participación en el delito anterior es evidente⁴⁰. En efecto, las últimas, a grandes rasgos, entendían, en definitiva, que la receptación era una forma de participación en sentido amplio, porque *prolongaba* la situación antijurídica creada por el delito anterior realizado por otro⁴¹.

En épocas más antiguas se sostenía que la naturaleza de esos delitos, entendidos como participación posterior en el delito de otro, consistía en el mantenimiento del estado antijurídico actual producido mediante una acción punible anterior de otro. Los argumentos para castigar al encubridor giraban en torno de que él, con su conducta, permitía intencionalmente que ese estado antijurídico continuase vigente⁴².

Estas nociones fueron las que, con algunas diferencias y con más o menos sofisticación, desde el Derecho romano hasta mediados del siglo XIX explicaron, caracterizaron y definieron la receptación (y otras conductas de encubrimiento) como una forma de participación criminal. Incluso cuando la receptación ya empezaba a regularse en la parte especial de las legislaciones penales de los territorios alemanes, una parte de la doctrina, conformada por autores muy reconocidos, insistían en tratar el encubrimiento como una forma de participación en el delito anterior basándose en este tipo de argumentos⁴³.

Poco tiempo después, sin embargo, esos mismos argumentos, usados para afirmar que la receptación (y el favorecimiento) eran una forma de participación en el delito previo y que debían, por tanto, regularse en la parte general del Código Penal, fueron utilizados por los autores alemanes para justificar su tratamiento como delitos independientes. En efecto, la teoría de la perpetuación recogió todas esas ideas y las hizo suyas, pero para concluir de manera antagónica que las conductas de encubrimiento, en particular la de receptación, no constituían una forma de participación criminal a

⁴⁰ Vid., al respecto, Karsten ALTENHAIN, *Das Anschlußdelikt*, *op. cit.*, pp. 197 y ss.; Xaver GRE-TENER, *Begünstigung und Heblerei...*, *op. cit.*, pp. 104 y ss.

⁴¹ Vid. Frank WILBERT, *Begünstigung und Heblerei...*, *op. cit.*, p. 39.

⁴² Vid., por todos, Xaver GRE-TENER, *Begünstigung und Heblerei...*, *op. cit.*, p. 79.

⁴³ Por ejemplo. Paul VON FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 11.^a ed., Gießen, Heyer, 1832, pp. 42 y s.; Maximilian VON BURI, *Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und von der Begünstigung*, Gießen, Ferber, 1860, pp. 85 y ss.; Adolf SANDER, «Erörterung der Lehre von der Begünstigung von Verbrechen unter Berücksichtigung des württembergischen und badischen Strafgesetzentwurfs», en *Archiv des Criminalrechts*, Halle. Neue Folge, 1838, pp. 431 y ss., etcétera.

las cuales, junto con la complicidad y otras, cabía legislar en la parte general. Lo anterior es muy llamativo, y mucho más lo es porque esta circunstancia no menor ha pasado desapercibida o quizá fue ignorada por la mayoría de los autores.

Si en algún momento se dijo que la receptación debía ser considerada una forma de participación en un delito anterior *porque* perpetuaba la situación antijurídica generada por ese delito previo, no puede continuar sosteniéndose *esa misma razón* para explicar ahora por qué, para que haya receptación, debía estar claro que su autor *no debió haber participado* en el delito previo. La idea misma de «perpetuación» sugiere una continuidad entre el delito previo y el posterior, cuando es precisamente la negación de esa continuidad lo que llevó a considerar la receptación (y las demás conductas de encubrimiento) como ilícitos autónomos, y no ya como formas de participación en el delito cometido en primer lugar.

Contra esto podría alegarse que, en verdad, desde un punto de vista conceptual, no tiene nada de incorrecto haber explicado el encubrimiento con el mismo argumento, primero como una forma de participación en el delito previo y luego como un delito autónomo. Y asimismo que, al contrario, la persistencia del argumento mostraría que explica correctamente lo que el encubrimiento sustantivamente *es*, y que en todo caso el error habría consistido en *sistematizar* inadecuadamente eso que el encubrimiento es, a saber, primero como un supuesto de participación criminal y luego como un delito autónomo. Pero —continuaría la objeción— ello no constituiría un error conceptual, sino, precisamente, un error de clasificación o de sistematización, y que, por tanto, no sería de tanta gravedad. Dicha réplica, con todo, no es correcta, como podrá verse con claridad de ahora en adelante, cuando este problema sea abordado en profundidad.

Para hacer más clara mi posición voy a recordar brevemente los argumentos vertidos por las teorías que sostienen (o sostenían) que la receptación era una forma de participación en el delito anterior y las que afirman que es, o que debe ser, un delito. El objetivo que me propongo es, pues, explicitar y explicar lo que, a mi juicio, constituye una inconsistencia ignorada durante años.

2.1.2. *Receptación como una forma de participación: argumentos*

Mostraré ahora algunos ejemplos de autores que trataron la receptación como una forma de participación posterior en el delito previo de otro, basándose en la idea de que el receptor mantenía el estado antijurídico producido mediante una acción punible anterior de otro y que, por eso,

participaba en ese delito ajeno⁴⁴. Para ello analizaré las teorías desarrolladas al respecto por Ernst Beling⁴⁵, Anton Bauer⁴⁶ y, especialmente, Maximilian von Buri.

Antes de ello, sin embargo, quisiera adelantar que ni estos autores ni ningún otro, que a mediados del siglo XIX defendiera que la receptación era una forma de participación en el delito anterior, pudieron realmente superar la objeción de la causalidad, ya analizada aquí. Tampoco pudieron compatibilizar sus ideas con la definición de «ilícito» ni con el principio de certeza de los tipos penales⁴⁷.

2.1.2.1. Beling: la teoría de la autoría posterior

Beling creó una nueva categoría dentro de la teoría de la participación llamada «autoría posterior» (*Nachtäterschaft*)⁴⁸, en virtud de la cual se castigaba el mantenimiento de un estado antijurídico originado por una conducta delictiva anterior realizada por otro⁴⁹. Así, para Beling, la creación de la lesión y su mantenimiento eran meras formas de dañar un bien jurídico idéntico⁵⁰. En otras palabras, para este autor los delitos contienen un tipo penal en sentido estricto y otro en sentido amplio. Dentro del último se encontraban, según esta concepción, las conductas de receptación y favorecimiento⁵¹.

2.1.2.2. Bauer: la teoría de la participación subsiguiente

Para Bauer, por su parte, participar en un delito consistía en que una persona, diferente a su autor, interviniese de algún modo en ese mismo delito. Ahora bien, según este autor, era una arbitrariedad reducir la posibilidad de intervención solo a la producción del delito. De ahí surge el concepto de «participación subsiguiente» o posterior (*nachfolgende Teilnahme*) referida

⁴⁴ Vid. Kurt BUBERT, *Die Heblerei*, op. cit., pp. 42 y ss.; Siegfried DAMRAU, *Heblerei und Vortat*, Breslau, Schletter, 1928, pp. 2 y ss.

⁴⁵ Así, Ernst BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, Aalen, 1964, pp. 472 y ss. (nueva impresión de la edición de 1906).

⁴⁶ Así, Anton BAUER, *Abhandlungen aus dem Strafrecht und dem Strafprozesse*, Göttingen, 1840, VII, § 12, pp. 469 y s.

⁴⁷ Vid. Karsten ALTENHAIN, *Das Anschlußdelikt*, op. cit., pp. 27 y ss., p. 186. Otras críticas a estas posturas pueden verse en Siegfried DAMRAU, *Heblerei und Vortat*, op. cit., p. 6.

⁴⁸ Así, entre otros, Ernst BELING, *Die Lehre...*, op. cit., pp. 472 y ss. Sobre esa teoría vid., entre otros, Kurt BUBERT, *Die Heblerei*, op. cit., p. 43; Sven BESSEL, *Heblerei durch deliktische Sachverschaffung*, Sinzheim, PUV, 1995, pp. 61 y s.; Siegfried DAMRAU, *Heblerei und Vortat*, op. cit., pp. 3 y s.

⁴⁹ Así, Ernst BELING, *Die Lehre...*, op. cit., pp. 494 y s.

⁵⁰ Sobre las ideas de Beling vid., entre otros, Frank WILBERT, *Begünstigung und Heblerei...*, op. cit., pp. 39 y s.; Sven BESSEL, *Heblerei durch deliktische...*, op. cit., p. 62.

⁵¹ Vid. Sven BESSEL, *Heblerei durch deliktische...*, op. cit., pp. 61 y s.

al encubrimiento⁵². Este autor, en efecto, definía al encubridor como «aquel que, tras la consumación de un delito, dolosamente y sin promesa anterior, toma parte en el mismo hecho»⁵³.

2.1.2.3. Von Buri: la teoría de la lesión al Derecho

Von Buri propuso una teoría de la participación criminal diferente a la sostenida por sus contemporáneos y antecesores, en la cual el favorecimiento era visto como una forma de participación en la lesión al Derecho producida por el autor del delito anterior. Así, este autor sostuvo que «un delito sin lesión al Derecho es impensable y, por eso, toda actividad que deba ser castigada como delictiva debe consistir en (...) una lesión al Derecho»⁵⁴.

Para comprender la cita anterior hay que saber que, para von Buri, la lesión al Derecho, necesaria para que exista un delito, se componía de dos partes: el origen o la formación de la lesión (*Entstehung*) y la continuación o perduración de esa lesión en el tiempo (*Fortdauer*)⁵⁵. Por tanto, cuando afirma que una condición necesaria para que una conducta sea castigada como delito es que consista en una lesión al Derecho, está refiriéndose a que el agente debe haber realizado o participado en alguna de esas dos etapas de la lesión. Así, los autores y los cómplices son las fuerzas que intervienen en la formación o en el origen de la lesión al Derecho, mientras que el favorecimiento se ubica dentro de la segunda fase de dicha lesión, esto es, en la etapa de su mantenimiento en el tiempo⁵⁶.

En este sentido, von Buri trató de demostrar que al autor o al cómplice de un delito se lo castigaba por la comisión de ambos momentos en la lesión al Derecho. Ahora bien, según esta tesis, si esas etapas estaban a cargo de personas distintas debía castigarse a todos los intervinientes en lo que se entendía como un solo delito, puesto que, como ya se dijo, el delito consistía en la suma de esas dos etapas⁵⁷.

Para von Buri, una regulación correcta de las conductas de encubrimiento debía incluirlas en la parte general del Código Penal, después de la participación. Cabe aclarar que bajo el concepto de favorecimiento entendió únicamente el favorecimiento real, dentro del cual incluía la receptación. Con

⁵² Así, Anton BAUER, *Abhandlungen aus dem Strafrecht...*, op. cit., pp. 469 y s. Un resumen de las ideas de Bauer se encuentra en Xaver GRETENER, *Begünstigung und Hehlerei...*, op. cit., p. 71.

⁵³ Anton BAUER, *Abhandlungen aus dem Strafrecht...*, op. cit., VII, § 12, pp. 464 y s.

⁵⁴ Maximilian VON BURI, *Zur Lehre von der Theilnahme...*, op. cit., p. 85.

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 85 y ss.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.*, p. 95.

relación al favorecimiento personal, el autor asumió su independencia como delito⁵⁸.

Von Buri desarrolló una teoría sobre la participación criminal que resolvía la cuestión del encubrimiento de manera satisfactoria conforme a las ideas mayoritarias de la época y a lo que la legislación, con muy pocas excepciones, prescribió durante siglos. Su teoría es *prima facie* muy creativa, aunque padece graves problemas, los mismos que sufrirá la teoría de la perpetuación desarrollada años después en Alemania para justificar el castigo de la receptación como delito autónomo.

De hecho, es muy difícil negar que esa teoría de la perpetuación tenga sus orígenes más directos en estas ideas. Lo paradójico, sin embargo, es que la teoría de la perpetuación actual, tal como se verá más adelante, y de manera totalmente contraria a lo que la teoría de von Buri buscaba, intenta mostrar que esa perpetuación de la lesión al derecho constituye una lesión al Derecho en sí misma, merecedora de castigo penal, y no una parte de la lesión al derecho específico vulnerado por el delito anterior. Ahora bien, la idea es la misma, solo cambia qué es lo que se busca justificar con esos argumentos, esto es, qué es lo que se lesiona con esa perpetuación.

La idea desarrollada por von Buri no era, en efecto, incorrecta si se la interpreta en un plano moral. No está mal pensar que el que colabora en que otro no sea descubierto por la justicia y que no sea castigado de algún modo *aprueba* el delito anterior y así *colabora* para que perdure en el tiempo. Lo mismo puede asumirse desde un plano ontológico del daño, sobre todo si se aceptan las teorías hegelianas en lo que se refiere a la teoría de la pena⁵⁹. Es decir, si se considera que por medio del castigo se elimina el delito del mundo y que así (y solo así) se restablece el orden jurídico vulnerado por la comisión de ese hecho, es adecuado pensar que el encubridor participa en el mantenimiento de esa ilicitud en el mundo.

Ahora bien, eso puede explicar la inmoralidad de la conducta encubridora, pero para castigarla penalmente es necesario que esa inmoralidad afecte a un bien jurídico digno de protección penal o cause un daño que el Derecho quiera evitar. Para von Buri, por lo menos en un principio, el encubrimiento afectaba al bien jurídico lesionado por otro (por el autor del delito anterior). Afirmaba que por medio del encubrimiento se colaboraba en la lesión a un bien jurídico ya realizada por otro. Es difícil, sin embargo, entender cómo es que se puede ser partícipe de un delito, en el sentido de colaborar causalmente en un hecho y contribuir con ello a la lesión del bien jurídico que ese hecho afecta, cuando tal suceso ya acaeció y sin que el encubridor

⁵⁸ Vid., entre otros, Britta WOLFF, *Begünstigung, Strafvereitelung...*, op. cit., pp. 48 y s.

⁵⁹ Vid. al respecto Georg HEGEL, *Filosofía del Derecho*, trad. de Angélica Mendoza de Montero, 2.ª ed. en castellano, Buenos Aires, Claridad, 2009, pp. 106 y ss.

tuviera ninguna intervención causal en aquel. No se puede justificar, por lo menos conforme a las reglas de la causalidad, que el encubridor, con su conducta, perpetúe un daño ya concluido y no generado por él.

Cuando se castiga al autor de un delito, como, por ejemplo, a un homicida o a un ladrón, se lo castiga por la producción del resultado típico, es decir, por quitarle la vida a una persona o por apropiarse ilegítimamente de una cosa ajena, respectivamente; conductas estas que agotan toda la lesión a esos bienes jurídicos⁶⁰.

Por tanto, si no es posible afirmar que quien ayuda a otro a no ser perseguido ni castigado por la justicia ha contribuido causalmente en ese delito anterior ajeno, tampoco es posible afirmar que el encubridor perpetúa esa lesión jurídica anterior, porque para ello debió, como mínimo, haber contribuido a causarla. No se afecta —en nada— al bien jurídico «vida» si se encubre a un homicida, pues fue el homicidio el que destruyó completamente esa vida. Pero si esa conducta (el encubrimiento) en sí misma, además de ser moralmente reprochable, lesiona un bien valioso, como, por ejemplo, el correcto funcionamiento de la administración de justicia, ya sí puede justificarse la necesidad de castigar penalmente el favorecimiento o encubrimiento personal, y ciertamente como un delito *en sí mismo*.

El favorecedor o encubridor personal, mediante su ayuda posterior dirigida al autor o partícipe de un delito con el fin de evitar que este sea investigado, procesado y condenado, lo que de hecho realiza es, a mi juicio, obstaculizar el accionar de la justicia y, en muchos casos, impedirlo. El Estado, como único titular del *ius puniendi*, tiene la obligación de investigar la comisión de los delitos, perseguir a los delincuentes y castigarlos. Dichas actividades son muy valiosas para la vida en sociedad. Impedir eso, entonces, no solo es inmoral, sino además dañino para un bien jurídicamente valioso.

Con respecto al favorecimiento real y a la receptación, entender su naturaleza jurídica es una cuestión muy compleja y discutida por los autores. Mucho más complicado es, pues, comprender el daño que producen, si es que producen alguno, aunque es sencillo, o por lo menos eso parece, tildarlas de incorrectas o inmorales. Asegurar el producto de un delito ajeno o recibir una cosa de origen ilícito no daña el patrimonio de la víctima de ese delito anterior, porque el autor del hecho previo contra el patrimonio ya lo dañó completamente y a él se lo cargará con ese daño.

Si el mantenimiento de la ilicitud ajena (en el caso de que ello sea conceptual y materialmente posible) no puede ser entendido como una participación en el delito ajeno porque no existe contribución causal alguna entre el hecho posterior (o mantenimiento del ilícito) y el delito anterior

⁶⁰ Vid. Xaver GRETENER, *Begünstigung und Heblerei...*, *op. cit.*, p. 78.

ajeno, habría que analizar si esa conducta posterior, causalmente desconectada de la anterior, puede ser entendida como una lesión a algún bien jurídico. Esa pregunta vale tanto para el favorecimiento real como para la receptación.

Según lo anteriormente analizado, ya no puede afirmarse que la conducta del favorecedor real y del receptor dañen el patrimonio de la víctima del delito anterior (o que perpetúen su daño), porque ese patrimonio ya fue dañado por completo por el autor de ese delito previo.

Con todo, queda todavía por analizar si ese supuesto mantenimiento de la situación antijurídica anteriormente ocasionada por otro, aunque no implique una participación en el delito previo ni una lesión al bien jurídico lesionado por ese delito, puede, no obstante, consistir en una lesión a *otro* bien jurídico. Aquí sostendré que no, pero la fundamentación de dicha afirmación será abordada más adelante, cuando me dedique específicamente al análisis crítico de esta teoría alemana.

En cuanto al favorecimiento real, no efectuaré en esta investigación mayores consideraciones, porque ello excedería su objeto. Lo interesante ahora es mostrar cómo se fue gestando la idea de perpetuación o mantenimiento de la situación antijurídica creada por medio de la comisión del delito previo de otro como justificativo para castigar jurídico-penalmente las conductas de encubrimiento. Y cómo esto ha sido utilizado en un principio para justificar que la conducta del encubridor implicaba una participación en el delito previo de otro y luego para sostener que la receptación es un delito autónomo y explicar el daño que esa conducta genera.

2.1.3. *La infranqueable objeción de la causalidad*

No puede negarse que entre el encubrimiento y el delito anterior existe *una* relación. Ahora bien, la naturaleza de *esa* relación no puede ser entendida como la que existe entre un partícipe y un autor⁶¹. La doctrina que, a mediados del siglo XIX, ya entendía que el encubrimiento debía ser tratado como un delito independiente, consideraba que hablar de «participación subsiguiente» era una *contradictio in adiectio*⁶².

⁶¹ Así, *ibid.*, p. 71. En sentido contrario *vid.* Anton BAUER, *Abhandlungen aus dem Strafrecht...*, *op. cit.*, VII, § 12, pp. 466 y s.

⁶² La voz latina *contradictio in adiectio* (también conocida como *contradictio in adjectio*) significa contradicción en el adjetivo y con ella se quiere mostrar la contradicción que surge entre un adjetivo y el sustantivo, al cual ese adjetivo califica. Ejemplos claros de *contradictio in adiectio* serían las frases «cuadrado redondo» o «círculo puntiagudo». Respecto al tema que aquí se estudia, a mediados del siglo XIX numerosos autores, como, por ejemplo, Henke, Köstlin y también el mismo Xaver Gretener, consideraron que la frase «participación subsiguiente» patecía este problema, puesto que, por definición, la participación exige que el hecho principal

Para la opinión que estaba a favor de la autonomía del encubrimiento, en cambio, la participación en un delito requería la intervención dolosa y culpable en la producción de un resultado típico, y esa intervención, para tener algún efecto en la producción del resultado, debía ser como mínimo simultánea⁶³. Entonces, «el concepto de consumación sirve —junto con la delimitación de la tentativa temporalmente anterior— para determinar el momento en el cual se dio un estado de cosas al que se conecta la punibilidad y por el que el autor es punible»⁶⁴. Es decir, el partícipe en un delito, para ser tal, debe aportar una causa al delito, que es el efecto⁶⁵. Y nadie puede aportar una causa a un efecto que ya ocurrió. En suma, un aporte posterior no podría contribuir causalmente a la producción de un resultado que ya ocurrió en el mundo sin su intervención.

Una vez que un resultado típico, o una puesta en peligro típica, ocurrió en el mundo, el delito se consumó y, en consecuencia, se afectó ya en forma completa un bien jurídico o se lesionó el Derecho, y, por tanto, ya no se puede participar de ningún modo en esa lesión ocurrida (con la única excepción de los delitos de duración)⁶⁶. Esta situación es muy diferente y, por tanto, no debe ser confundida con la ayuda o la receptación prometida con anterioridad a la comisión del delito contra el patrimonio, porque en ese supuesto sí se da el nexo causal entre ambos comportamientos. No es posible, en cambio, predicar dicho nexo causal cuando la ayuda o la receptación acontece sin acuerdo previo y, en consecuencia, se trata netamente de un hecho posterior.

Por tanto, las teorías que trataban la receptación como una forma de participación posterior en el delito de otro tuvieron que basarse en la idea de que la lesión al Derecho continuaba aun después de concluida la lesión o puesta en peligro de un determinado bien jurídico⁶⁷.

Von Buri tenía esto claro y por eso distinguió, como ya se dijo, entre dos momentos en los que era posible lesionar un mismo derecho: mediante la producción del resultado y mediante el mantenimiento de ese resultado en

no se encuentre consumado. Al respecto *vid.* Xaver GRETENER, *Begünstigung und Hehlerei...* *op. cit.*, p. 72.

⁶³ *Vid.*, por todos, Santiago MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Barcelona, Repper-Hammurabi, 1996, pp. 390 y ss.; Enrique BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Buenos Aires, frechts. Allgemeiner Teil, 5.ª ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1996, pp. 655 y ss.

⁶⁴ Karsten ALTENHAIN, *Das Anschlußdelikt*, *op. cit.*, pp. 28 y s. En sentido similar, Adolf SANDER, «Erörterung der Lehre von der Begünstigung von Verbrechen...», *op. cit.*, p. 444.

⁶⁵ Así, Xaver GRETENER, *Begünstigung und Hehlerei...*, *op. cit.*, p. 72.

⁶⁶ *Vid.* Karsten ALTENHAIN, *Das Anschlußdelikt*, *op. cit.*, pp. 26, 142 y 184. Respecto a la diferenciación entre delitos instantáneos y delitos de duración *vid.*, por todos, Franz VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 20.ª ed., Berlin, Guttentag, 1914, § 54, pp. 237 y ss.; Reinhard FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche...*, *op. cit.*, pp. 61 y s.

⁶⁷ *Vid.*, por todos, Karsten ALTENHAIN, *Das Anschlußdelikt*, *op. cit.*, pp. 24 y 184.

el mundo, es decir, impidiendo que el delito se elimine⁶⁸. En función de esta postura, von Buri transformaba *de hecho* a todo delito en uno de duración, porque respecto de aquellos que no lo eran, consideraba parte de la lesión al derecho la no eliminación de esa lesión y, por tanto, el delito subsistía hasta que dejara de producir efectos en el mundo⁶⁹.

Esto, además de ser totalmente incompatible con la definición de delito que surge de la ley positiva, genera otros problemas. Así, Gretener, por ejemplo, se preguntaba: «¿quién querrá sostener que el homicida, que derriba a su víctima con un golpe, será castigado una vez por aniquilar una vida humana y otra vez por la duración de ello?»⁷⁰.

Una vez comprobado que después de la conclusión del delito anterior ya no es posible contribuir causalmente en este como partícipe y que, por tanto, las conductas de encubrimiento, si aun así cabía tenerlas por ilícitas, tenían que ser consideradas delitos autónomos, la doctrina comenzó a ocuparse del problema de cuál sería el bien jurídico que tales delitos (receptación, favorecimiento, etc.) lesionarían⁷¹. La teoría de la perpetuación fue pensada inicialmente para tratar de legitimar el castigo de la receptación, ya que era totalmente necesario mostrar que ese comportamiento lesionaba un bien jurídico.

Ahora bien, dado que los autores de aquel entonces no lograron deslindar la conducta de receptar del delito previo⁷², no pudieron ver que la receptación lesionaba un bien jurídico diferente al que lesionaba el anterior. Por eso se decantaron en esta idea de «perpetuación» y sostuvieron que la receptación lesionaba directa o indirectamente el bien jurídico lesionado por el delito previo, que era el patrimonio. A continuación se analizarán las diferentes versiones de la teoría de la perpetuación.

2.2. Diferentes versiones de la teoría de la perpetuación

La receptación es considerada en Alemania por la doctrina mayoritaria un delito contra el patrimonio, pero en función del marco de análisis propio de la teoría de la perpetuación⁷³. Conforme a esta postura, la conducta de

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 183 y ss.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 185.

⁷⁰ Xaver GRETENER, *Begünstigung und Hehlerei...*, *op. cit.*, p. 77. Cabe aclarar que von Buri advirtió esa problemática y afirmó que el encubrimiento en relación con un homicidio no era posible porque este delito no admite la doble lesión del bien jurídico, pero que, no obstante, en el resto de los delitos esa dualidad sí existe. *Vid.* Xaver GRETENER, *Begünstigung und Hehlerei...*, *op. cit.*, p. 77, nota al pie 9; Maximilian VON BURI, *Zur Lehre von der Theilnahme...*, *op. cit.*, pp. 87 y 97.

⁷¹ Así Karsten ALTENHAIN, *Das Anschlußdelikt*, *op. cit.*, p. 142.

⁷² *Ibid.*, pp. 143 y ss.

⁷³ En el mismo sentido *vid.* Karsten ALTENHAIN, *Das Anschlußdelikt*, *op. cit.*, pp. 200, 246 y s.

receptación mantiene o perpetúa la lesión al patrimonio ocasionada por un delito anterior ajeno. En otras palabras, el ilícito de la receptación consiste, según este punto de vista, en la perpetuación de la situación patrimonial antijurídica creada por el autor del hecho previo⁷⁴.

Por tanto, «la teoría de la perpetuación presupone que la víctima del delito anterior todavía posee una posición patrimonial respecto de la cosa que el autor del delito obtuvo y que será lesionado en esa posición patrimonial al mantenerse la situación patrimonial antijurídica sobre la cosa»⁷⁵. Para sostener esta idea se desarrollaron diferentes versiones de la teoría de la perpetuación, cada una de las cuales intentó explicar y delimitar el ilícito y el daño que provoca la receptación.

Todas las versiones de la teoría de la perpetuación parten de una base común respecto de la cual no hay desacuerdos, que es precisamente aquello con lo que se acaba de definir esta posición, a saber, el ilícito de la receptación consiste en un delito contra el patrimonio, porque dicha conducta mantiene la situación patrimonial antijurídica provocada mediante el delito anterior ajeno que afectó el patrimonio. Los desacuerdos se manifiestan con relación al daño que esa conducta genera, es decir, qué y a quién se daña.

En efecto, para algunos de los partidarios de esta teoría, ese mantenimiento implica una *nueva lesión* al patrimonio de la víctima del delito previo⁷⁶. Para otros partidarios de esta teoría, en cambio, el hecho del mantenimiento del daño patrimonial constituye un daño patrimonial en sí mismo, diferente e independiente del daño patrimonial anterior⁷⁷. Para otros, por su parte, por medio de la receptación se lesionan los intereses patrimoniales de la víctima del delito anterior, pero en otro sentido que enseguida se explicará⁷⁸. Además, muchos autores combinan estas diferentes versiones de la idea de perpetuación con otras propuestas respecto a cuál es el daño que se produce, y consideran, por tanto, que la receptación es un delito pluriofensivo⁷⁹.

Respecto de la receptación como un delito contra el patrimonio *vid.*, por todos, Gerald ROTH, *Eigentumschutz nach der Realisierung von Zueignungsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1986, p. 29.

⁷⁴ *Vid.*, por todos, Jans-Joachim RUDOLPH, «Grundprobleme...», *op. cit.*, p. 1.

⁷⁵ Karsten ALTENHAIN, *Das Anschlussdelikt*, *op. cit.*, p. 249.

⁷⁶ Así Xaver GIRELLER, *Begünstigung und Hehlerei...*, *op. cit.*, p. 178; Karl BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, *op. cit.*, t. II, pp. 570 y ss.; ID., *Lehrbuch des Allgemeinen Deutschen Strafrechts...*, *op. cit.*, t. I, pp. 385 y ss.; ID., *Lehrbuch des Allgemeinen Deutschen Strafrechts...*, *op. cit.*, t. II, pp. 664 y ss.

⁷⁷ Así, Walter STREIB, «Die Hehlerei...», *op. cit.*, p. 52; Wilhelm GALLAS, «Der Betrug als Vermögensdelikt», *op. cit.*, p. 427, nota al pie 73; Reinhard FRANK, *Das Strafgesetzbuch für die Deutsche...*, *op. cit.*, p. 329.

⁷⁸ Entre otros *vid.* Günther ARZT, «Die Hehlerei...», *op. cit.*, pp. 10 y ss.; S-S - STREIB - HAYEK, «§ 259», III, 1, p. 2471.

⁷⁹ Entre los autores alemanes que afirman una naturaleza doble de la receptación, como un delito contra el patrimonio y contra los intereses de seguridad o de prevención generales, *vid.*, entre otros, Jans-Joachim RUDOLPH, «Grundprobleme...», *op. cit.*, p. 4; Kurt SCHMANN, «Gün-

La teoría de la perpetuación más actual considera que mediante la conducta del receptor se aleja la posibilidad del damnificado por el delito previo de recuperar la cosa⁸⁰ y que justamente eso es lo que produce el mantenimiento antijurídico de la situación patrimonial antijurídica que originó el hecho previo. La receptación es, desde esta óptica, un delito contra el patrimonio «en sentido amplio»⁸¹.

Sin embargo, como se verá a continuación, la teoría de la perpetuación se asienta en presupuestos falsos, ficticios, que asumen como dadas situaciones que, en rigor, deben probarse. Una vez explicitados los errores en los que incurre esta teoría voy a concluir que esta, en cualquiera de sus variantes, es incapaz de explicar correctamente tanto el ilícito material o la incorrección moral⁸² de la receptación (esto es, lo que hace que sea un comportamiento incorrecto o defectuoso, e incluso merecedor de pena) como el daño que provoca y, más específicamente, *qué* daña (esto es, cuál es el bien jurídico que lesiona o pone en peligro).

En efecto, para prohibir y castigar legítimamente un comportamiento es necesario, en primer lugar, analizar si ese comportamiento es dañino, es decir, si lesiona un interés importante de las personas y de su vida en comunidad (de acuerdo con el denominado *harm principle* del Derecho anglosajón o, en terminología continental-europea, si lesiona o pone en peligro algún bien jurídico), y, en segundo lugar, describir correctamente su ilícito [es decir, lo que lo hace incorrecto o defectuoso (*wrong*) e incluso merecedor de pena (*strafwürdig*)]. Solo si se dan estas condiciones (que no excluyen otras) el Estado tendrá buenas razones para criminalizar una clase de comportamiento⁸³, en este caso la receptación.

A continuación analizaré críticamente las diferentes variantes de la teoría de la perpetuación.

dfälle zur Hehlerei...», *op. cit.*, p. 39; Theodor LENCKNER, «Straf- und Strafprozeßrecht», *op. cit.*, p. 797; Reinhart MAURACH, Friedrich-Cristian SCHROEDER y Manfred MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, t. I, *Straftaten gegen Persönlichkeiten und Vermögenswerte*, 8.ª ed., Heidelberg, Müller, 1995, nn. 4 y s., pp. 408 y s. En la jurisprudencia alemana *vid.* BGHSt 7, p. 142. En contra *vid.*, por todos, Henning ROSENAU, «Keine vollendete Hehlerei bei Lieferung bei V-Mann», *NSZ*, 1999, p. 353.

⁸⁰ *Vid.*, entre otros, Günter STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht...*, *op. cit.*, § 15, pp. 262 y s.; Siegfried DAMRAU, *Hehlerei und Vortat*, *op. cit.*, p. 6; Matthias FRIEDRICH, «Strafbarkeit des Endabnehmers von Raubkopien?», *MDR*, 1985, p. 368.

⁸¹ Así, Siegfried DAMRAU, *Hehlerei und Vortat*, *op. cit.*, p. 6.

⁸² Aunque más adelante volveré sobre esta cuestión, quiero dejar claro desde ahora que cuando me refiero a la incorrección moral de una conducta en ningún momento estoy aludiendo a la moral interna de una persona o de un grupo de ellas, sino que, por contrario, me refiero a la moral colectiva.

⁸³ Por ahora *vid.*, por todos, Stuart GREEN, *Lying, Cheating, and Stealing. A Moral Theory of White-Collar Crime*, 1.ª reimpr., Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 39 y ss.

2.2.1. *La perpetuación como una nueva lesión del patrimonio de la víctima del delito previo*

Ya se dijo que las distintas versiones de esta teoría se diferencian en función de cuál se cree que es la lesión patrimonial que provoca el mantenimiento o la perpetuación de la situación antijurídica causada por el delito anterior. La teoría de la perpetuación en su versión más antigua entiende que la receptación afecta nuevamente al patrimonio (ya) lesionado por el hecho previo y describe esa nueva afectación patrimonial como el mantenimiento de la lesión anterior; con otras palabras, considera que el mantenimiento de la lesión patrimonial que, según esta, genera la receptación es una *nueva* afectación al patrimonio de la víctima del hecho previo (que podrá haber consistido en un hurto, un robo, una estafa, etc.).

Los representantes alemanes más importantes de esta teoría fueron Xaver Gretener y Karl Binding⁸⁴. El primero rechaza que la acción típica de la receptación consista en la frustración de los esfuerzos tendentes a una recomposición de la situación anterior al delito previo, que otra parte de la doctrina sostenía a mediados del siglo XIX. Para Gretener, en cambio, que el restablecimiento de la situación conforme a Derecho ocurra o no era indiferente para la consumación del delito de receptación⁸⁵.

Según Gretener, el delito de receptación contenía el favorecimiento real⁸⁶ y se trataba de un delito *de resultado* (en el sentido de resultado de lesión). Ese resultado el autor lo describe como un daño en el patrimonio de la víctima del delito anterior⁸⁷. Por tanto, conforme a esta postura, quien mantiene una situación cuya causación está prohibida por el Derecho realiza una nueva conducta ilícita respecto del mismo objeto en relación con el cual se causó la situación ilícita anterior⁸⁸.

Con ello Gretener no quiere afirmar que quien genera dicho mantenimiento lleva a cabo dos conductas ilícitas. A su juicio, se trata de *una* conducta ilícita que tiene lugar con posterioridad a otra que ya ocurrió, y que

⁸⁴ Así, Karl BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, op. cit., t. II, p. 571; *id.*, *Lehrbuch des Allgemeinen Deutschen Strafrecht...*, op. cit., t. II, p. 666; *id.*, *Lehrbuch des Allgemeinen Deutschen Strafrecht...*, op. cit., t. I, p. 382.

⁸⁵ Así, Xaver GRETENER, *Begünstigung und Heblerei...*, op. cit., p. 174.

⁸⁶ Para Gretener el favorecimiento real es una forma de receptación y, por tanto, según él, ambos debían estar regulados conjuntamente. *Vid.* Xaver GRETENER, *Begünstigung und Heblerei...*, op. cit., pp. 110 y 133. Para Bockelmann el favorecimiento real y la receptación también eran delitos que afectaban al patrimonio, cuyos límites eran difíciles de establecer. Respecto de esto último *vid.* Paul BOCKELMANN, «Über das Verhältnis der Begünstigung...», op. cit., p. 621, nota al pie 11.

⁸⁷ Así, Xaver GRETENER, *Begünstigung und Heblerei...*, op. cit., p. 178. En el mismo sentido *vid.* Karl BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, op. cit., t. II, pp. 570 y ss.

⁸⁸ Así, Xaver GRETENER, *Begünstigung und Heblerei...*, op. cit., p. 110.

consiste precisamente en el *mantenimiento* de esa situación antijurídica previa. Por eso el autor habla de una *nueva* conducta ilícita. De estos argumentos se sirvió Gretener para afirmar que el comportamiento del receptor *lesiona efectivamente* un bien jurídico⁸⁹, y que debía ser tipificado como un delito en la parte especial del Código Penal. Recuérdese que el mencionado autor fue contemporáneo a la sanción del RStGB y que influyó mucho en su redacción.

Por tanto, un presupuesto del delito de receptación así concebido es la existencia previa de un bien jurídico lesionado, a saber: el patrimonio, el cual, por medio de la conducta del receptor, será nuevamente lesionado y de manera efectiva⁹⁰. La lesión que, desde este punto de vista, causa el receptor por medio de su comportamiento al bien jurídico ya lesionado por el delito previo consiste precisamente en el mantenimiento de dicha situación patrimonial antijurídica originada en el delito anterior⁹¹.

Esta versión, entonces, presupone que es fácticamente posible dañar *nuevamente* el patrimonio de la víctima de un delito anterior (también contra el patrimonio) y en relación con la cosa que le fue desapoderada como consecuencia de ese hecho previo. Sin embargo, el problema que tiene esta teoría es que dicho presupuesto es falso. Ni el delito de receptación ni ningún otro delito posterior puede lesionar «de nuevo» el patrimonio de la víctima ya lesionado del delito previo, por lo menos no en relación con la cosa que le fue desposeída a esa víctima, y tampoco puede crear un peligro de lesionarlo nuevamente.

En efecto, si se trata de la misma cosa de cuya posesión o tenencia se ha privado a la víctima, una conducta posterior relativa a esa misma cosa solo podrá lesionar o crear el peligro de lesionar⁹² otra vez el patrimonio de la víctima inicial si, previamente, es decir, entre el primer y el segundo hecho, la víctima recuperó la posesión o tenencia de esa cosa. Y si ello ocurre, es obvio que ese segundo hecho no será una receptación, sino otro hurto, otro robo, etcétera.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 111.

⁹⁰ *Ibid.* En contra, Tatjana HÖRNLE, «Anschlussdelikte als abstrakte Gefährdungsdelikte...», *op. cit.*, p. 482.

⁹¹ Así, Xaver GRETENER, *Begünstigung und Hehlerei...*, *op. cit.*, pp. 111 y s.

⁹² La diferencia entre *lesionar* y *crear el peligro de lesionar* un determinado bien jurídico es de grado o cuantitativa, es decir, lesionar es «más» que crear un peligro de lesionar. Las razones para justificar la afirmación del texto son válidas para ambos supuestos. En virtud de ello, las razones para afirmar o negar que la receptación *daña* el patrimonio ya lesionado de la víctima del hecho previo son las mismas que para negar que *crea un peligro de lesionarlo*. En otras palabras, es igualmente incorrecto afirmar que el delito de receptación lesiona el patrimonio ya lesionado de la víctima del delito anterior como que el receptor, mediante su conducta, crea un peligro concreto o abstracto de lesionarlo. Sobre delitos de lesión y de peligro *vid.*, por todos, Claus ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. I, *Fundamentos. Estructura de la Teoría del Delito*, trad. de la 2.ª ed. en alemán de Luzón Peña *et al.*, 5.ª reimpr., Madrid, Civitas, 2008, pp. 60 y ss. (1.ª ed. en castellano, 1997).

Los delitos contra el patrimonio (o que lo afectan), como, por ejemplo, el hurto, el robo, la estafa, la apropiación indebida, etc., contienen o absorben ilicitudes que implican el mantenimiento de la situación antijurídica creada por ese delito de desapoderamiento o apoderamiento. Cuando se castiga a los autores o partícipes de estos delitos, su pena incluye el castigo de las conductas que derivan del consumo, destrucción o daño de la cosa ilícitamente obtenida. Estos son casos claros de «delitos posteriores copenados» (sobre los que se volverá más adelante)⁹³. Esto significa que al autor del delito anterior se lo castiga o persigue penalmente en relación con el daño total que su conducta le causa al patrimonio de la víctima respecto de la cosa en cuestión.

Por tanto, si el autor del delito previo no restituye la cosa de la que se apoderó ilegítimamente, no recibirá por ello otra pena. El no restituir la cosa sustraída, o ilegítimamente apoderada, u obtenida por medio de engaño, etc., no es una calificación o agravante de esos delitos. Esa «no restitución», por el contrario, está prevista ya en la pena de dichos delitos contra el patrimonio. En todo caso, si el autor o partícipe en esa clase de delitos restituye esa cosa, se tendrá en cuenta tal circunstancia, como atenuante, al momento de determinarse *esa* pena y, dentro de la escala correspondiente, el monto de la sanción podrá ser más bajo que el que se le podría haber impuesto si dicha circunstancia atenuante no se hubiera verificado.

Voy a reforzar la idea anterior. Si el autor de un delito contra el patrimonio, además de apoderarse ilegítimamente de una cosa ajena o de desapoderar a alguien de una cosa de su propiedad o que posee legítimamente, posteriormente la destruye o daña, no recibirá una pena por el desapoderamiento o apoderamiento ilegítimo y otra por la destrucción o daño de la cosa en cuestión⁹⁴. Las últimas son conductas —incluso típicas— que quedan absorbidas por los tipos penales de hurto, robo, apropiación indebida, estafa, etc. En otras palabras, dentro de la pena prevista para las conductas que afectan el patrimonio por desapoderamiento o apoderamiento ilegítimo de una cosa ajena está incluido el castigo para el supuesto de que el autor no la restituya, la consuma, dañe, destruya o use⁹⁵.

⁹³ Por ahora *vid.*, por todos, Alejandra VERDE, «¿Es el autolavado de dinero un delito posterior copenado?», *En Letra Derecho Penal*, núm. 2, 2016, pp. 64 y ss., disponible en <http://www.letrapenal.com/#!blank-2/xiwa0>.

⁹⁴ Se considera, en efecto, que el castigo que le corresponde al autor (de ambos hechos) respecto del delito posterior está compensado o retribuido por medio de la pena prevista para el delito anterior, que de algún modo lo contiene. Así, Sentencia del BGH núm. 5 StR 517/92, dictada el 17 de octubre de 1992, en BGHSt 38, p. 369; Harro OTTO, «Mitbestrafte Nachtat, straflose Nachtat und nicht strafbares Verhalten», *Jura*, 1994, p. 276; Inken HÖPER, *Die Mitbestrafte Vor- und Nachtat*, Kiel, Univ. Diss., 1997, pp. 31 ss.

⁹⁵ A mi juicio, lo que debe resaltarse es que la pena —en abstracto— de un delito, si aquella no es divisible, se corresponde con el máximo de la escala pertinente. Porque ese monto es precisamente el que toma en cuenta el «mal total» que ese delito *puede* producir, o, dicho de otro modo, la

A continuación, por medio de un ejemplo muy simple mostraré que la receptación no provoca el mantenimiento de la situación antijurídica creada por medio del delito anterior ajeno, o, por lo menos, que en ello no consiste su característica definitoria. Alguien hurta una botella de vino de 1.000 pesos y lo bebe. El autor de ese hurto va a mantener esa situación posesoria antijurídica eternamente, porque la víctima no podrá recuperar nunca la cosa que este le sustrajo. Sin embargo, el autor de ese hecho será condenado únicamente por hurto.

El mantenimiento de la situación antijurídica originada por medio de un delito previo que afecta el patrimonio es un comportamiento atribuible únicamente a los autores y partícipes de dicho delito anterior. Las penas previstas para los delitos contra el patrimonio incluyen, pues, una sanción por esta circunstancia. Solo se puede volver a dañar el patrimonio de la víctima del delito anterior, en relación con esa cosa, si ese damnificado la recuperase. Pero, aun en ese supuesto, tal hecho posterior consistiría en un nuevo delito contra la propiedad independiente del anterior.

Si bien es verdad que a un mismo bien jurídico se le puede lesionar de diferentes maneras y por diferentes personas a la vez o sucesivamente, lo cierto es que el desapoderamiento o apoderamiento ilegítimo de una cosa ajena daña la totalidad del patrimonio en relación con esa cosa puntual, y que ese daño, respecto de ese delito, no puede ser generado nuevamente por una conducta posterior. Con el desapoderamiento consumado de la cosa, la víctima de ese delito (anterior) pierde la posesión de esa cosa, y lo hace *por completo*, y pierde, por tanto, todo poder de disposición sobre esta⁹⁶. Lo único que seguirá poseyendo es la propiedad (*Eigentum*) sobre esa cosa que ya no posee y, por tanto, los correspondientes derechos de restitución y de indemnización que se deriven de ello. Sobre esta cuestión volveré más adelante.

De hecho, llama la atención que la teoría de la perpetuación defina el ilícito de la receptación mediante ese mantenimiento, cuando tal circunstancia, aun si se aceptase que puede ocurrir, puede darse en cualquier delito contra el patrimonio cuyo objeto haya sido obtenido previamente mediante otro delito contra el patrimonio. Me refiero, por ejemplo, a los casos del ladrón que le roba a un ladrón, o cuando se estafa a un ladrón para obtener la cosa que robó, etcétera.

peor manera en que el autor de un delito puede comportarse con relación a aquel. A partir de allí lo que corresponderá es ir disminuyendo el monto concreto a imponer, en la medida en que fueran constatándose circunstancias atenuantes. Conforme a esto, no habría entonces circunstancias «agravantes» para la determinación de la pena. Fundamentar con detalle esta posición exige, sin embargo, un trabajo monográfico independiente que espero abordar en otra oportunidad, por lo que no puedo extenderme más al respecto en este lugar.

⁹⁶ Así, Sven BESSEL, *Hehlerei durch deliktische...*, *op. cit.*, p. 53.

A los delitos contra el patrimonio que tienen lugar con posterioridad a otro delito contra el patrimonio y en relación con la misma cosa, sin embargo, se los castiga con total independencia del castigo al delito anterior, y nadie diría que «perpetúan» el ilícito previo. Por tanto, no se entiende por qué sí cabría predicar eso respecto de la receptación, cuando esa perpetuación no sería una característica exclusiva de la receptación. Sin embargo, esta tesis debe rechazarse porque jurídicamente no existe tal perpetuación. Solo se podría afirmar que la lesión al Derecho o el daño mismo, desde un punto de vista ontológico o hegeliano, permanecen en el mundo tras la comisión de un delito hasta que se recompone la situación al estado anterior⁹⁷. Esa idea no está recogida, sin embargo, ni por la teoría del delito ni por las legislaciones de corte europeo-continental para determinar cuándo comienza la ejecución de un delito y cuándo este se encuentra consumado y, por tanto, se finaliza la posibilidad jurídica de intervenir en ese hecho.

El que roba, hurta, daña o se apropia ilícitamente de un objeto que una persona adquirió previamente de algún modo ilícito cometerá robo, hurto, daño o apropiación indebida según cuál haya sido la conducta que realizó y no en función de la que haya realizado otra persona previamente⁹⁸.

En este sentido, «hoy existe acuerdo acerca de que las cosas hurtadas, robadas o indebidamente apropiadas pueden constituir objetos idóneos de futuros delitos de apropiación cometidos por alguien diferente al autor del delito anterior»⁹⁹. Lo que se protege en esos supuestos es el patrimonio en sentido amplio y la víctima en ese caso es el delincuente que poseía de manera ilícita esa cosa¹⁰⁰. La postura mayoritaria no cree que el que hurta una cosa a quien la posee de manera ilícita dañe al propietario legítimo de la cosa, sino que acepta que daña al poseedor ilegítimo¹⁰¹.

⁹⁷ Así, Georg HEGEL, *Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 104 y ss.

⁹⁸ Por todos, vid. Gerald ROTH, *Eigentumsschutz nach der Realisierung...*, op. cit., p. 75.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 75. En el mismo sentido vid. Harro OTTO, *Die Struktur des strafrechtlichen...*, op. cit., pp. 141 y ss.

¹⁰⁰ Sobre esta cuestión vid. Johannes WESSELS y Thomas HILLENKAMP, *Strafrecht. Besonderer Teil*, vol. 2, *Straftaten gegen Vermögenswerte*, 33.ª ed., Heidelberg, Müller, 2010, § 2 II, nm. 62, p. 37; Carlos CREUS y Jorge BUOMPADRE, *Derecho penal...*, op. cit., t. 1, pp. 421 y s. Sin embargo, hay autores alemanes (y también el propio BGH) que sostienen que el castigo de esa segunda apropiación ilícita de una cosa ajena no se fundamenta, por lo menos esencialmente, en la protección de los intereses del ladrón, sino que a través de ella se intensifica el estado contrario al orden jurídico. Vid. Gerald ROTH, *Eigentumsschutz nach der Realisierung...*, op. cit., pp. 29 y 75. Oellers equipara el ilícito de esa conducta al de la receptación. Así, Bernd OELLERS, «Der Hehler ist schlimmer als der Stehler», *GA*, 1967, p. 17.

¹⁰¹ Autores anteriores, como, por ejemplo, Gallas, Welzel y Frank, si bien creían que los objetos de origen ilícito sí podían ser objeto de delitos contra el patrimonio, entendían que el patrimonio lesionado era el de la víctima del delito anterior, es decir, el del propietario legítimo. Así, Gallas afirmaba que, cuando la cosa salía más allá del ámbito del ladrón y pasaba a manos de un tercero que actuaba con ánimo de apropiación, se aumentaba la pérdida de reacción (*Verlustwirkung*). Así, Wilhelm GALLAS, «Der Betrug als Vermögensdelikt», op. cit., p. 427, nota al pie 73. Por su parte, tanto Welzel

Entonces, si se afirma que sí se comete otro hurto o robo cuando alguien se apodera ilícitamente de una cosa obtenida ilícitamente por otro y que la ilicitud de ese comportamiento no se basa en el mantenimiento de la situación patrimonial antijurídica originada en el delito previo, entonces no puede sostenerse que quien recibe una cosa ilícitamente obtenida por otro comete el delito de receptación, porque ello implica un mantenimiento de la situación patrimonial antijurídica preexistente y porque ello constituye una nueva lesión al patrimonio de la víctima del delito anterior.

En ambos casos, es decir, cuando un ladrón le roba a otro ladrón y cuando alguien recibe cosas de origen ilícito, la posesión de una cosa ilícitamente obtenida con anterioridad se desplaza hacia otra persona. Lo único que cambia es el modo en que ello ocurre. Ese «cómo» se refiere únicamente a la conducta realizada por el autor del delito posterior y nunca a las repercusiones de su comportamiento en relación con la víctima del delito anterior. Gráficamente: «Si el pan hurtado se lo come el autor del delito anterior o si lo consume otra persona que conoce su procedencia delictiva, ello tiene importancia respecto de la pregunta acerca del hambre de quién se ha saciado después de la ingesta del alimento. Para la cuestión relativa a la lesión a la propiedad, una diferencia en las personas no tiene ninguna relevancia»¹⁰².

Después de que alguien cometió un delito que afecta el patrimonio ajeno, del cual surge la posesión ilegítima de una cosa, el abanico de conductas posibles respecto a esa cosa es múltiple. Ahora bien, si esa cosa permanece dentro del ámbito de posesión de quien la obtuvo ilícitamente, es mucho más frecuente que sea consumida, destruida, dañada, usada o escondida. Como ya dije, la receptación presupone la conservación de esa cosa, y ello no es una circunstancia menor.

En razón de las diferentes posibilidades anteriormente enumeradas surge el siguiente interrogante: ¿qué es lo que hace que la conducta de quien se apodera de una cosa ilícitamente obtenida por otro (el actual poseedor ilegítimo) sea un hurto o una receptación? La respuesta es muy simple: la existencia o la falta de acuerdo o consentimiento entre el poseedor ilegítimo de una cosa y el que la adquiere posteriormente¹⁰³. Si este falta, se trata de un hurto y si, en cambio, hay acuerdo entre ambos, será receptación.

Lo que ni esta teoría de la perpetuación ni ninguna otra versión de esta logran explicar adecuadamente es por qué únicamente se daña el patrimo-

como Frank sostuvieron expresamente que lo que se daña en esos supuestos es el verdadero propietario. Así, Hans WELZEL, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 7.ª ed., Berlin, De Gruyter, 1960, p. 291. Vid., por todos, Harro OTTO, *Die Struktur des strafrechtlichen...*, op. cit., p. 91.

¹⁰² Gerald ROTH, *Eigentumsschutz nach der Realisierung...*, op. cit., p. 75.

¹⁰³ Vid. Olaf MIEHE, «Die Schutzfunktion der Strafdrohungen...», op. cit., p. 107.

nio de la víctima del delito anterior cuando el traslado de la posesión de una cosa ilícitamente obtenida se realiza *con* el consentimiento del poseedor ilegítimo. En otras palabras, si el autor de un delito anterior es luego víctima de un hurto o robo en razón del cual pierde la posesión ilegítima sobre la cosa adquirida por medio de ese delito previo, ¿por qué se considera que ese hecho daña el patrimonio del poseedor ilegítimo de la cosa y no se tiene en cuenta a la víctima del delito anterior, ni a su patrimonio, ni a alguna clase de «perpetuación» de ese perjuicio, para determinar el daño que ese comportamiento provoca?¹⁰⁴

En un caso como el descrito se dan, sin embargo, todos los presupuestos que los representantes de la teoría de la perpetuación aducen para justificar que la receptación afecta el patrimonio de la víctima del delito anterior. Pareciera, entonces, que lo único que determina que una conducta afecte al poseedor ilegítimo o al exposeedor legítimo de la cosa se refiere a lo que ocurre entre el poseedor ilegítimo de una cosa (*v. gr.*, el ladrón) y el que la adquiere posteriormente (*v. gr.*, el ladrón del ladrón o el receptor)¹⁰⁵.

No es correcto, por tanto, justificar el castigo penal en ninguno de los casos anteriormente contemplados afirmándose que esas conductas provocan otro daño en el patrimonio de la víctima del delito anterior¹⁰⁶. Ese patrimonio de la víctima vulnerado por un delito previo (es decir, el *derecho* lesionado tal como fue lesionado, no el objeto material o cosa sustraída o desahuciada, etc.) no puede ser objeto de otro daño que el que ya le infringiera ese hecho previo¹⁰⁷.

No es cierto, por tanto, que exista el daño en el patrimonio de la víctima del delito anterior al que los representantes de la teoría de la perpetuación se refieren para justificar la necesidad de la prohibición de la receptación. Y ya se sabe que, si no puede mostrarse que una conducta, aun cuando sea moralmente incorrecta, causa un daño o crea el peligro de hacerlo, su prohibición es incompatible con el principio del Derecho penal liberal¹⁰⁸. Si se quiere sostener que la receptación daña el patrimonio deberá demostrarse entonces cuál es el daño patrimonial que ella genera. Aquí he intentado demostrar que ese daño *no es* el que aduce esta versión de la teoría de la perpetuación.

En función de todo lo analizado, la teoría de la perpetuación en su versión más antigua (esto es, la que entiende que la receptación mantiene la si-

¹⁰⁴ Una crítica similar la encontramos también en *ibid.*, p. 110.

¹⁰⁵ Similar en *ibid.*, p. 110.

¹⁰⁶ Así, entre otros, Harro OTTO, *Die Struktur des strafrechtlichen...*, *op. cit.*, pp. 94 y s. Vid. también Karsten ALTENHAIN, *Das Anschlußdelikt*, *op. cit.*, p. 200.

¹⁰⁷ Vid. Harro OTTO, *Die Struktur des strafrechtlichen...*, *op. cit.*, p. 236; Tatjana HÖRNLE, «Anschlußdelikte als abstrakte Gefährungsdelikte...», *op. cit.*, p. 482.

¹⁰⁸ Sin perjuicio de que sobre estas cuestiones volveré más adelante, *vid.*, por el momento, Harro OTTO, *Die Struktur des strafrechtlichen...*, *op. cit.*, p. 93.

tuación antijurídica originada en un delito anterior y que ello daña efectivamente y de nuevo el patrimonio ya lesionado por el hecho previo) debe ser rechazada. A continuación indagaré si las otras variantes de la teoría de la perpetuación han logrado superar las críticas que padece la versión que analicé en los párrafos anteriores.

2.2.2. *La perpetuación como una lesión que acentúa el daño al patrimonio de la víctima del delito previo*

Un sector minoritario de la doctrina alemana, también partidario de la teoría de la perpetuación, afirma que la receptación lesiona el patrimonio de la víctima del delito previo, pero difiere respecto de la postura expuesta en el punto anterior en cuanto a lo que se entiende por tal daño. Esta versión de la teoría de la perpetuación parte del presupuesto común de que la receptación mantiene la situación patrimonial antijurídica creada por medio del delito anterior, y acepta, asimismo, que produce un daño en el patrimonio de la víctima del delito previo¹⁰⁹.

Pero esta variante no sostiene, como la anterior, que la receptación provoca una *nueva* lesión en dicho patrimonio. Lo que afirma, antes bien, es que ese mantenimiento de la situación patrimonial antijurídica *acentúa, consolida o incrementa* el (mismo) daño ya causado por el delito previo¹¹⁰. En otras palabras, para esta segunda versión de la teoría de la perpetuación, el mantenimiento de la situación patrimonial antijurídica que supuestamente genera la receptación no causa un nuevo daño patrimonial a la víctima del hecho previo, sino que acentúa o consolida *ese mismo daño*¹¹¹.

¹⁰⁹ Sobre esta postura *vid. ibid.*, p. 95; Horst SCHRÖDER, «Begünstigung...», *op. cit.*, pp. 167 y s.

¹¹⁰ Así, en la jurisprudencia alemana, expresamente en Sentencia del RG núm. 1D 1100/36, dictada el 28 de septiembre de 1937, en RGSt 71, p. 342. *Vid.* también Sentencia del RG núm. 3D 670/36, dictada el 10 de diciembre de 1936, en RGSt 70, p. 385; Sentencia del RG núm. 4D 1015/37, dictada el 18 de marzo de 1938, en RGSt 72, pp. 146 y s. En la literatura alemana *vid.* Walter STREE, «Die Ersatzhehlerei...», *op. cit.*, p. 52; Wilhelm GALLAS, «Der Betrug als Vermögensdelikt», *op. cit.*, p. 427, nota al pie 73; Reinhard FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche...*, *op. cit.*, p. 329.

¹¹¹ *Vid.* nota al pie inmediatamente anterior. Por su parte, Otto considera, por un lado, que la receptación es un delito contra el patrimonio y que, a diferencia de aquellos tipos penales que protegen el patrimonio en sentido amplio de la sustracción antijurídica de algún objeto del ámbito patrimonial del afectado, el delito de receptación abarca la lesión al patrimonio que causa el mantenimiento de la situación patrimonial antijurídica ocasionada por medio de la comisión anterior de un delito de sustracción patrimonial antijurídico (*Vermögensentziehungsdelikt*), siempre que ello ocurra con el consentimiento del poseedor anterior, que normalmente es el autor del hecho previo. Pero, por el otro, aclara expresamente que la profundización (*Vertiefung*) del daño patrimonial causado por medio de un delito previo de sustracción patrimonial no es ni necesaria ni es un requisito típico del delito de receptación, al que considera un delito de perpetuación. Así, Harro OTTO, «Hehlerei (§ 259 StGB)», *Jura*, 1985, pp. 148 y s. Recuérdese que Otto clasifica los delitos contra el patrimonio en delitos de sustracción y delitos de perpetuación. Así, Harro OTTO, *Die Struktur des strafrechtlichen...*, *op. cit.*, pp. 90 y ss.

A continuación demostraré que tampoco esta versión de la teoría de la perpetuación es correcta. Por tratarse de una variante ligeramente diferente de la expuesta anteriormente, me valdré para esa crítica de argumentos adicionales a los ya expuestos para criticar la primera versión, pero no es ocioso aclarar aquí que tales argumentos son obviamente idóneos para oponer también a aquella versión anterior y viceversa.

Un presupuesto necesario de la receptación es la preexistencia de un delito contra el patrimonio (o que lo afecte), por medio del cual se haya originado la posesión antijurídica de las cosas que luego otra persona receptará. Ahora bien, de acuerdo con esta segunda versión de la teoría, no hay que confundir la situación patrimonial antijurídica que surge como consecuencia de ese delito anterior contra el patrimonio y el daño que ese comportamiento le produce a su víctima, con lo que significa el comportamiento posterior de receptación.

Se afirma, en tal sentido, que la receptación solo se configura si, como consecuencia de un delito anterior ajeno, se originó una situación patrimonial antijurídica consistente en la posesión ilegítima de la cosa que luego será objeto del delito de receptación. Además de la preexistencia de un delito anterior que afecte al patrimonio, otra condición necesaria para la existencia del delito de receptación es la conservación de la cosa ilícitamente obtenida por otro por medio del hecho previo.

La situación patrimonial antijurídica a la que hacen referencia los partidarios de la teoría de la perpetuación (en todas sus variantes) es la posesión antijurídica que se origina en un delito anterior contra el patrimonio cometido por otro, del cual surgen las cosas que el receptor luego recibe. La duración de la posesión antijurídica de las cosas provenientes de un delito perdura hasta que se extingue esa posesión y las razones pueden ser múltiples. Es importante destacar que la posesión se extingue por las mismas razones, sea tanto lícita como ilícita.

En el Código Civil y Comercial argentino sancionado en 2015 (en adelante CCC) se regula la posesión en el art. 1909. En dicha norma se define la posesión como el poder de hecho de una persona sobre una cosa, la cual debe comportarse como si fuese titular de un derecho real sobre ella, sin importar si en efecto lo es. Para la existencia de la posesión se exige básicamente *corpus* y *animus domini*¹¹².

Por tanto, la posesión es una relación de poder con características específicas que tiene lugar entre una persona y una cosa. La extinción de la po-

¹¹² Vid. Alejandro IRIARTE, «Posesión y tenencia. Capítulo 1. Disposiciones generales», en Carlos CALVO COSTA (dir.), *Código Civil y Comercial de la nación*, t. III, Artículos 1815 a 2671, Madrid, La Ley, 2015, p. 84.

sesión también está regulada en la ley. En efecto, el art. 1931 CCC establece que ello ocurre: «a) cuando se extingue la cosa, b) cuando se priva al sujeto de la cosa, c) cuando el sujeto se encuentra en la imposibilidad física perdurable de ejercer la posesión o la tenencia, d) cuando desaparece la probabilidad razonable de hallar la cosa perdida y e) cuando el sujeto hace abandono expreso y voluntario de la cosa»¹¹³.

En el Código Civil alemán [Bürgerliches Gesetzbuch (en adelante BGB)] la situación es similar. Así, el § 854 BGB establece que la posesión se adquiere mediante la obtención de un poder real sobre una cosa y que el acuerdo entre el poseedor anterior y el adquirente es suficiente para configurar tal adquisición si el adquirente puede ejercitar el poder sobre la cosa. Es decir, la ley alemana también define la posesión como el poder que una persona tiene *de hecho* sobre una cosa.

La extinción de la posesión en Alemania está regulada en el § 856 BGB. Esa norma establece que la posesión termina cuando el poseedor renuncia o abandona su poder real sobre la cosa o cuando lo pierde de alguna otra manera. En ese párrafo se aclara que la posesión no se pierde cuando tiene lugar un impedimento transitorio del ejercicio del poder sobre la cosa.

Por tanto, la posesión es una relación de poder o de hecho entre una persona y una cosa. La licitud o ilicitud de dicha relación de poder no desnaturaliza su existencia. Por tanto, la posesión puede ser lícita o ilícita. Las formas de extinción de la posesión están establecidas en la ley y estas tampoco diferencian entre la licitud o ilicitud de dicha posesión. Concretamente, la posesión culmina cuando el poseedor *no puede o no quiere* ejercer de hecho el poder sobre la cosa y ello le impide comportarse como titular de un derecho real. Por ejemplo, cuando la cosa dejó de existir por cualquier motivo, o cuando su poseedor no la encuentra (cosa perdida), o cuando fue privado de esta legítima o ilegítimamente, o cuando no tiene más interés en conservar ese poder sobre la cosa, etcétera.

La situación patrimonial antijurídica que surge como consecuencia de ese delito anterior, esto es, la posesión ilícita de una cosa, afecta al patrimonio de la víctima de ese hecho. Esa posesión ilícita comienza con la realización de ese delito (anterior) y termina cuando el poseedor ilícito transmite la cosa a otra persona. El traspaso de la posesión de una cosa significa el fin de una relación de posesión y el comienzo de otra. El delito de receptación consiste, precisamente, en la transmisión de la posesión de una cosa ilícitamente obtenida.

Así pues, la posesión ilícita originada en el delito anterior culmina con el delito posterior de receptación. En consecuencia, es claro que la recepta-

¹¹³ *Ibid.*, pp. 100 y s.

ción no puede ser comprendida como un hecho que mantenga la situación patrimonial antijurídica que surge del delito anterior¹¹⁴. Y ello, obviamente, implica negar tanto que la receptación cause un nuevo daño a la víctima del delito previo (primera versión de la teoría de la perpetuación) como que acentúe, consolide o incremente el daño producido por el delito previo (segunda versión de esta teoría).

Lo único que puede mantenerse en el tiempo tras un delito que afecta el patrimonio, aun cuando la posesión ilegítima respecto de la cosa se modifique, es el daño en el patrimonio de la víctima del delito previo. Pero el único responsable por ese daño es el autor del delito anterior. La conducta posterior de un tercero (el receptor) no genera ya ninguna afectación en el patrimonio de la víctima del delito anterior (ni tampoco acentúa esa afectación). Por lo menos, ninguna que se le pueda atribuir penalmente.

Tal como señala Karsten Altenhain, «el receptor que compra la cosa al ladrón no mantiene esa situación posesoria antijurídica, sino que, cuando el receptor obtiene la posesión, finaliza la posesión ilegítima del ladrón y esta es sustituida por la posesión ilegítima del receptor»¹¹⁵. El patrimonio de la víctima del delito anterior con relación a la cosa que fue objeto del hecho previo, tal como ya dije al analizar la versión anterior de la teoría de la perpetuación, no puede ser lesionado nuevamente, ni tampoco incrementarse su lesión anterior, por medio de la receptación posterior de dicha cosa o de otro delito posterior que tenga como objeto esa misma cosa.

Otra crítica que se le suele efectuar a esta postura es que, si realmente se estuviera castigando al receptor por mantener o perpetuar una situación patrimonial antijurídica que nace del delito anterior de otro, la pena de esta conducta no debería ser más grave que la del hecho previo, por lo menos en abstracto. Una limitación de la pena de esta clase no existe en el tipo penal alemán de receptación. Así, cuando el delito previo es, por ejemplo, el de apropiación indebida, la pena prevista para el último es menor que la prevista para la receptación¹¹⁶. Ello apoya la idea que aquí sostengo, esto es, que el ilícito de la receptación no es el mencionado mantenimiento de la situación antijurídica que nace en un delito anterior¹¹⁷.

¹¹⁴ En sentido similar, Theodor LENCKNER, «Straf- und Strafprozessrecht», *op. cit.*, pp. 796 y s.

¹¹⁵ Karsten ALTENHAIN, *Das Anschlussdelikt*, *op. cit.*, p. 197. Exactamente en el mismo sentido *vid.* Kurt BUBERL, *Die Hehlerei*, *op. cit.*, pp. 53 y ss. En contra, Gerald JANSON, *Begünstigung und Hehlerei vor dem Hintergrund des Rückerberbes von Diebesbeute*, Hamburg, Dr. Kovač, 1992, p. 112.

¹¹⁶ El delito de apropiación indebida (*Unterschlagung*) se encuentra tipificado en el § 246 StGB, que prevé una pena de hasta tres años de prisión, mientras que el precepto que prohíbe la receptación (esto es, § 259 StGB) prevé una pena de hasta cinco años de prisión.

¹¹⁷ Sobre esta crítica *vid.*, por todos, Theodor LENCKNER, «Straf- und Strafprozessrecht», *op. cit.*, p. 797.

En conclusión, no puede aceptarse tampoco esta versión de la teoría de la perpetuación, dado que parte de un supuesto falso. La situación patrimonial antijurídica creada por el autor del delito anterior no se mantiene ni se perpetúa ni se acentúa o consolida mediante el delito posterior de receptación, sino que, por el contrario, la posesión ilícita que genera el hecho previo culmina y es reemplazada por otra, la generada por la receptación, también ilícita¹¹⁸. Si el mantenimiento de la situación patrimonial antijurídica originada en el delito anterior no ocurre ni es una consecuencia del delito posterior de receptación, no puede entonces afirmarse que en ese mantenimiento (inexistente) consiste el daño patrimonial propio de la receptación.

Todavía resta analizar una tercera versión de la teoría de la perpetuación que, si bien parte de presupuestos comunes a toda teoría de la perpetuación, pretende deshacerse de alguna de las críticas que merecen las que fueron analizadas hasta aquí. Debe aclararse, no obstante, que dicha teoría —al igual que todas las demás variantes de la teoría de la perpetuación desarrolladas posteriormente—, si bien se aparta fuertemente de la primera versión de esta teoría (que considera el mantenimiento de la situación antijurídica anterior como un *nuevo* daño patrimonial), acepta lo central de la segunda versión, a saber, que el mantenimiento en cuestión, si bien no debe ser visto como un nuevo daño patrimonial, sí constituye un episodio que acentúa el daño anterior.

2.2.3. *La receptación como la creación de un riesgo abstracto de no recuperar la cosa*

Esta variación de la teoría de la perpetuación, si bien parte del supuesto común a todas sus versiones (es decir, que la receptación perpetúa o mantiene la situación antijurídica que surge de un delito previo), se diferencia de las anteriores porque considera que ese mantenimiento crea un peligro abstracto de no recuperar o de dificultar la restitución de la cosa, que la víctima del delito anterior dejó de poseer como consecuencia de ese traspaso de la posesión, característico de la receptación. Entonces, según esta tesis, la receptación afecta a la pretensión de recuperar la cosa que posee la víctima del delito anterior como consecuencia de este¹¹⁹.

Dentro de sus partidarios hay quienes, partiendo de la teoría de la perpetuación, comprenden la receptación como un delito contra el patrimonio y sostienen que el mantenimiento de la situación patrimonial antijurídica crea

¹¹⁸ Vid., entre otros, Kurt BUBERT, *Die Hehlerei*, op. cit., pp. 53 y ss.; Karsten ALTENHAIN, *Das Anschlußdelikt*, op. cit., p. 197.

¹¹⁹ Vid., entre otros, Gunther ARZT, «Die Hehlerei...», op. cit., pp. 10 y ss.; S/S – STREE/HECKER, «§ 259», nm. 1, p. 2451.

da por el delito anterior es lo que pone en peligro abstracto la posibilidad de recuperar la cosa¹²⁰. Otros, en cambio, descartan la idea de la lesión al patrimonio y consideran que dicho mantenimiento de la situación antijurídica anterior, generado por la receptación, dificulta o impide el decomiso de los beneficios de un delito, y que, por tanto, la receptación es un delito que frustra la restitución o el derecho de restitución de la víctima del delito anterior¹²¹. También hay quienes consideran que la receptación lesiona intereses de seguridad internos o públicos, o que afecta el fin del Derecho penal, en el sentido de que le impide cumplir con su objetivo de prevenir que las personas cometan futuros delitos patrimoniales¹²².

Sin embargo, la mayoría de los autores alemanes contemporáneos sostienen o bien que la receptación es un delito contra el patrimonio, pero que el contenido de su ilícito es dual, o bien que se trata de un delito pluriofensivo que afecta tanto al patrimonio como a la seguridad general o a la administración de justicia¹²³. La receptación así entendida, por un lado, mantiene o perpetúa una situación patrimonial (posesión) antijurídica que nace en un delito anterior, dado que, a causa del tráfico posterior de esa cosa, que pasa a estar a disposición de una persona diferente al autor o partícipe del delito previo, se dificulta la posibilidad de la víctima del delito anterior de recuperar la cosa.

Pero, por otro lado, la receptación lesiona intereses de seguridad generales, dado que este comportamiento motiva que otras personas cometan futuros delitos patrimoniales. Para los partidarios de estas ideas, la prohibición de la receptación traería como consecuencia que las personas no se decidan a cometer delitos contra el patrimonio, dado que la prohibición de la receptación supuestamente contribuiría a la desaparición o al menos disminución de los denominados «mercados negros»¹²⁴.

Las posturas que sostienen que ese traspaso de la posesión de la cosa ilícitamente obtenida a otra persona lesiona *exclusivamente* intereses generales

¹²⁰ Así, por todos, S/S – STREE/HECKER, «§ 259», nm. 1, p. 2451.

¹²¹ Así, Horst SCHRÖDER, «Begünstigung...», *op. cit.*, pp. 183 y ss. En sentido similar *vid.* Karsten ALTENHAIN, *Das Anschlußdelikt*, *op. cit.*, pp. 271 y ss. Este último considera que la receptación, como todo delito de conexión, frustra la actividad del Estado dirigida a imponer las consecuencias que nacen de la comisión de un delito y que, en el caso de la receptación, se trata del decomiso (*Verfall*). Karsten Altenhain termina reduciendo el delito de receptación prácticamente a una forma de favorecimiento real.

¹²² *Vid.*, por todos, Tatjana HÖRNLE, «Anschlußdelikte als abstrakte Gefährungsdelikte...», *op. cit.*, p. 482.

¹²³ Principalmente *vid.* Horst SCHRÖDER, «Begünstigung...», *op. cit.*, pp. 161 y ss.

¹²⁴ Esta tesis del doble contenido del ilícito de la receptación es defendida por muchos autores alemanes. *Vid.*, entre otros, Walter STREE, «Begünstigung, Strafvereitelung und Hehlerei. Betrachtungen zu der Neuregelung», *JuS*, 1976, pp. 142 y s.; Rudolf RENGIER, *Strafrecht. Besonderer Teil...* *op. cit.*, 17.ª ed., § 22, nm. 1, pp. 359 y s.; Jans-Joachim RUDOLPHI, «Grundprobleme...», *op. cit.*, pp. 1, 4 y s. Esta postura fue expresamente sostenida por el BGH en 1954 en BGHSt 7, pp. 141 y s.

de seguridad serán analizadas luego. Ahora voy a concentrarme en esta versión de la teoría de la perpetuación. Según esta, la receptación afecta los derechos patrimoniales de la víctima de un hecho anterior por medio del cual se la privó de la posesión o de la tenencia de una cosa¹²⁵.

Para dicha teoría, esos derechos patrimoniales, o por lo menos algunos de estos, continúan vigentes a pesar del delito en cuestión¹²⁶. Afirma, por tanto, que la transmisión de la posesión de una cosa de origen ilícito a un tercero que conoce esa circunstancia perpetúa o mantiene la relación patrimonial antijurídica generada por el autor del delito previo, y que ello causa un daño en el patrimonio de la víctima de ese delito anterior consistente en frustrar, o al menos poner en peligro, su pretensión de recuperar la cosa en cuestión¹²⁷.

Así, por ejemplo, para Gunther Arzt la receptación es un delito contra el patrimonio con características propias, que frustra la pretensión de restitución de la cosa a la víctima del delito anterior¹²⁸. En este sentido, el mencionado autor coincide con Schröder, el fundador de la «teoría de la frustración de la restitución». Este último considera, sin embargo, que, aunque en la mayoría de los casos tiene prioridad la protección del patrimonio del damnificado por el delito anterior, la receptación no es netamente un delito contra el patrimonio, sino que, junto a ello, se protege el logro de la pretensión *pública* dirigida a eliminar los beneficios que nacen de un delito¹²⁹.

Para Arzt, el valor patrimonial que se protege mediante la prohibición de la receptación es la pretensión *de la víctima* del hecho previo de que se le devuelva la cosa¹³⁰. Para Schröder, en cambio, esa pretensión es pública. Opina, en efecto, que la pretensión de restitución que se protege mediante esta prohibición no es privada y que, por tanto, no se protege la justicia civil. En otras palabras, para Schröder «la lesión de derechos patrimoniales privados por sí sola no configura el delito»¹³¹.

Schröder asume que el delito de receptación protege dos bienes jurídicos al mismo tiempo, es decir, dos campos de intereses diferentes: por un lado, el interés estatal o público, que exige la privación de los beneficios que na-

¹²⁵ En este sentido *vid.* Frank WILBERT, *Begünstigung und Hehlerei...*, *op. cit.*, p. 95.

¹²⁶ Así, entre otros, Kurt BUBERT, *Die Hehlerei*, *op. cit.*, p. 50; Harro OTTO, *Die Struktur des strafrechtlichen...*, *op. cit.*, pp. 242 y ss.

¹²⁷ En la literatura *vid.* Xaver GRETENER, *Begünstigung und Hehlerei...*, *op. cit.*, p. 104; Gunther ARZT, «Die Hehlerei...», *op. cit.*, p. 11; Sven BESSEL, *Hehlerei durch deliktische...*, *op. cit.*, p. 40; S/S – STREE/HECKER, «§ 259», nm. 1, p. 2451. En la jurisprudencia *vid.*, por todos, Sentencia del BGH, 1 StR 646/76, del 29 de marzo de 1977, en BGHSt 27, p. 164.

¹²⁸ Así, por todos, Gunther ARZT, «Die Hehlerei...», *op. cit.*, pp. 11 y 15.

¹²⁹ Así, Horst SCHRÖDER, «Begünstigung...», *op. cit.*, pp. 170 y 177.

¹³⁰ Así, Gunther ARZT, «Die Hehlerei...», *op. cit.*, p. 11.

¹³¹ Horst SCHRÖDER, «Begünstigung...», *op. cit.*, pp. 184 y s.

cen en un delito¹³², y, por el otro, el interés de la víctima de un delito anterior contra el patrimonio de recuperar la cosa, lo cual le es impedido o dificultado por la receptación, y ello, a su vez, *aumenta* el daño patrimonial producido por medio de un delito anterior ajeno¹³³. Aquí se ve con claridad cuánto se conecta esta formulación con la segunda versión de la teoría de la receptación (que sostiene justamente que el mantenimiento de la situación antijurídica anterior producido por la receptación incrementa o acentúa el daño del delito previo), tal como ya se había adelantado.

De estas afirmaciones, sin embargo, surgen múltiples interrogantes, como, por ejemplo, si existe esa pretensión de recuperar la cosa y, en su caso, si se trata de una pretensión de índole penal o civil. Si la pretensión de recuperar la cosa existiese y fuere de índole civil habría que preguntarse, a su vez, si es legítimo que sea el Derecho penal el encargado de castigar la frustración o la puesta en peligro de tal pretensión. Mientras que, si aquella fuese de índole penal, habría que indagar si su titular puede ser la víctima del delito anterior o si, por el contrario, debe ser el Estado el único titular, como único portador del *ius puniendi*. También habría que preguntarse si se puede responsabilizar o reprochar penalmente a alguien por no restituir una cosa ilícitamente obtenida por otro, es decir, si existe una obligación *general* (en el sentido de que pesa sobre todas las personas) de restituir esas cosas.

Ahora bien, a mi juicio, el más importante de los interrogantes que genera esta cuestión es el siguiente: el comportamiento del receptor *¿realmente* (fácticamente) pone o puede poner en peligro, dificulta o frustra la posibilidad de que la víctima del delito anterior recupere la cosa que ya no posee como consecuencia de ese hecho? Las críticas que efectuaré a continuación no cambian si se afirma que la receptación es un delito pluriofensivo, en el sentido de que lesiona el patrimonio (conforme a la teoría de la perpetuación) y también la actividad estatal (administración pública) tendente a eliminar los beneficios que surgen de un delito para aislar al delincuente, de modo tal que este, al no encontrar a quién vender los objetos obtenidos por medio de la comisión de un delito, no tendría motivos para cometer nuevos hechos contra el patrimonio, o si se considera que la receptación lesiona solo uno de esos intereses.

Antes de comenzar con el análisis crítico de esta versión de la teoría de la perpetuación quisiera mencionar que hay una postura muy minoritaria que, basándose en la idea de que la receptación pone en peligro, frustra y dificulta la posibilidad de que la víctima del delito anterior recupere la cosa que,

¹³² *Ibid.*, p. 184.

¹³³ *Ibid.*, p. 185. Algo similar son algunas posturas españolas al respecto, *vid.*, por todos, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Receptación», en Diego-Manuel LUZÓN PEÑA (dir.), *Enciclopedia penal básica*, Granada, Comares, 2002, pp. 1064 y ss.

como consecuencia de ese hecho previo, ya no posee, pero sobre la cual no perdió el derecho de propiedad, sostiene que ese comportamiento afecta al derecho de propiedad¹³⁴. Dado que esta postura minoritaria afirma que la receptación mantiene o perpetúa el daño a la propiedad o al derecho de propiedad de la víctima del delito anterior por las mismas razones que los representantes de la teoría más moderna de la perpetuación argumentan que ello daña su patrimonio, es que a ambas les caben las mismas objeciones, que analizaré a continuación.

2.2.3.1. ¿Cómo repercute de hecho la receptación respecto de las posibilidades reales de la víctima del delito anterior de recuperar la cosa?

Aquí voy a mostrar que la conducta del receptor, salvo contados casos que luego describiré, en verdad no pone en peligro (ni siquiera abstracto) ni frustra ni empeora las posibilidades *reales* de que la víctima de un delito anterior que afectó su patrimonio pueda recuperar la cosa que ya no posee como consecuencia de ese hecho ilícito previo.

A diferencia de lo que, sin ninguna fundamentación, sostienen los partidarios de las ideas que aquí crítico¹³⁵, la receptación incluso *ayuda*, en muchas oportunidades, a seguir el rastro de las cosas robadas y de las personas inmersas en esas actividades ilícitas, y, por tanto, a poder encontrarlas y recuperarlas. Y que ello sea lo que suceda al menos en muchos casos es suficiente, como dato fáctico, para refutar la tesis que, en forma apriorística, afirma que la receptación dificulta la restitución o recuperación de tales cosas.

En efecto, el tráfico de cosas ilícitamente obtenidas permite, por lo menos en muchos casos, la obtención de pruebas para dar con estas¹³⁶. Solo po-

¹³⁴ Así, por todos, Carlos PÉREZ DEL VALLE, «El delito de receptación: los elementos objetivos de la infracción», *CDJ*, 1994, pp. 67 y ss.

¹³⁵ Por ejemplo, Díaz y García Conlledo afirma que un sector doctrinal, en el que se incluye, plantea «que mediante el castigo de la receptación se protege también (de forma más o menos indirecta) la Administración de Justicia, porque, al fin y al cabo, la receptación supone una forma de encubrimiento» (Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Receptación», *op. cit.*, p. 1066). De hecho, el autor expresamente afirma que «no cabe duda de que la receptación dificulta el descubrimiento y persecución de los delitos y faltas contra el patrimonio o el orden socioeconómico de que proceden los bienes» (*ibid.*). Conjetura el autor que se tipificó la receptación separada del encubrimiento por la cantidad de delitos de receptación que se cometen y porque aquella, a su juicio, favorece la comisión de delitos patrimoniales. Entonces, la receptación para Díaz y García Conlledo incide de alguna manera en el patrimonio afectado por el delito previo «al hacer más difícil la recuperación del objeto» (*ibid.*). *Vid.* también, en idéntico sentido, Carlos PÉREZ DEL VALLE, «El delito de receptación: los elementos objetivos...», *op. cit.*, pp. 67 y ss.

¹³⁶ Así, Kurt BUBERT, *Die Hehlerei*, *op. cit.*, p. 54.

dría ocurrir lo contrario, es decir, que la receptación dificulte o impida la restitución, si se hubiera tenido conocimiento sobre los autores y partícipes del delito anterior o sobre el lugar dónde se encontraba la cosa y antes de la intervención policial tuviese lugar el hecho de receptación, de modo tal que se pierda el rastro logrado hasta ese momento.

Ahora bien, por un lado, que algo así suceda no significa que, necesariamente, en todos los casos en que se den tales circunstancias se va a frustrar la restitución, porque, pese a ese «inoportuno» hecho de receptación, el rastro de la cosa puede seguirse luego de todas maneras (se sabrá, por lo pronto, quién dio la cosa al receptor). Lo importante para destacar aquí, más allá de estos detalles, es que el traspaso de una cosa a otra persona, típico de la receptación, hace que esta deje de estar escondida y que, por tanto, pueda ser ubicada, muchas veces incluso con métodos de investigación muy sencillos y habituales.

En efecto, la entrega de una cosa ilícitamente obtenida requiere que el que entrega y el que recibe —o sus intermediarios— se comuniquen de alguna manera, y lo cierto es que ello genera rastros y pruebas que pueden servir para descubrir a los partícipes del delito previo y para recuperar las cosas de origen delictivo. Estos son datos de experiencia fácilmente constatables. En consecuencia, no puede sostenerse —por lo menos sin desconocerse la realidad— que el delito de receptación implica *necesariamente* la creación de un peligro (abstracto) de que la víctima del delito anterior no recupere la cosa¹³⁷.

Ahora bien, fuera de esos supuestos (que, como se vio, de todas maneras no refutan mi tesis), si nada (relevante) se sabe (en términos probatorios) del delito previo, si no se conoce a sus autores o partícipes, ni tampoco el lugar donde se encuentran las cosas ilícitamente obtenidas, es evidente que afirmar que el traspaso posterior (implicado en la receptación) a otras manos de su posesión repercute negativamente en la pretensión de restitución que tiene la víctima del hecho anterior o la administración de justicia es empíricamente falso y contrario a toda regla de experiencia.

La creencia de que si la cosa obtenida ilícitamente está en manos del autor de ese delito hará más sencilla la actividad policial o judicial dirigida a encontrarla es en verdad una ilusión que no se basa ni fundamenta en ningún argumento sensato ni en ningún dato de la realidad. Por el contrario, la transmisión de la posesión o el traspaso de la cosa a otras manos es justamente lo que permite que en muchos casos se la pueda encontrar¹³⁸.

¹³⁷ En el mismo sentido *vid.*, entre otros, Gerald JANSON, *Begünstigung und Heblerei vor dem Hintergrund...*, *op. cit.*, p. 112; Kurt BUBERT, *Die Heblerei*, *op. cit.*, p. 54; Harro OTTO, *Die Struktur des strafrechtlichen...*, *op. cit.*, p. 238.

¹³⁸ En el mismo sentido *vid.* Kurt BUBERT, *Die Heblerei*, *op. cit.*, p. 54.

Sin receptadores, el autor del delito contra el patrimonio (anterior) no se comunicaría con nadie a quien pudiera vender el objeto en cuestión¹³⁹, y esa falta de intercambio de datos impactaría directamente en la cantidad y calidad de prueba disponible para lograr ubicar la cosa. Si no se involucrasen personas que vendan o ayuden a vender las cosas obtenidas ilícitamente o que consigan clientes, ni personas que las trasladen, etc., ello impactaría también en la posibilidad de que terceros puedan atestiguar contra el autor del delito anterior o que puedan confirmar el lugar en donde se encuentra la cosa que se quiere recuperar. En suma: «Cuanto más seguido se exhiba en público el receptor, tanto mayor es la probabilidad de que se descubra el origen de las cosas»¹⁴⁰.

La experiencia en materia de secretos privados, o, mejor dicho, la relativa a la revelación de esos secretos, ayuda a mostrar la incorrección del argumento asumido por la posición contraria. Cada vez que alguien conoce un secreto relacionado con algo que otro hizo, las probabilidades de que se lo cuente al menos a una persona es muy alta o por lo menos mayor a que si no se lo hubiese contado a nadie. La cadena de revelación de ese secreto puede ser incluso muy extensa según cuán interesante es el secreto. Si uno no quiere que algo se sepa, lo que tiene que hacer es, básicamente, no contarlo. Pues bien, la existencia de receptadores y de receptaciones ayuda a que, de alguna manera, el hecho del delito previo sea transmitido de unos a otros, y ello, lejos de dificultar, facilita su descubrimiento.

Lo dicho hasta aquí demuestra, en definitiva, que aquello que la receptación provoca, al menos en abstracto, como posible, es una *ayuda* a que las cosas obtenidas por medio del delito previo se recuperen y no un peligro de que no puedan recuperarse. Y ello es suficiente para refutar incluso la tesis de que la receptación genera un mero peligro *abstracto* de no recuperación (y consiguiente restitución) de las cosas obtenidas mediante el delito previo.

Por supuesto que con todo lo anterior no pretendo afirmar que la receptación es una conducta moralmente correcta o beneficiosa para la sociedad. Tampoco sostengo que haya que tolerar ese comportamiento para poder combatir o prevenir delitos contra el patrimonio. Solo quiero poner de manifiesto las debilidades que presenta el argumento que pretende justificar que la receptación debe estar penalmente prohibida porque aleja o pone en peligro la posibilidad de la víctima del delito anterior de recuperar la cosa que ya no tiene a causa del delito anterior.

¹³⁹ Vid. Tatjana HÖRNLE, «Anschlussdelikte als abstrakte Gefährdungsdelikte...», *op. cit.*, p. 486.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 486. En el mismo sentido Harro OTTO, *Die Struktur des strafrechtlichen...*, *op. cit.*, pp. 90 y ss.; Gunther ARZT, «Die Hehlerei...», *op. cit.*, p. 11.

2.2.3.2. La existencia del mercado negro, ¿disminuye la posibilidad real de la víctima del delito anterior de recuperar la cosa?

Una postura similar a la criticada en el apartado anterior fundamenta la justificación de la prohibición y el castigo de las conductas de receptación en la idea de que esta, en tanto genera o facilita la generación de «mercados negros», disminuye la posibilidad real de la víctima del delito anterior de recuperar la cosa. Es decir, algunos autores afirman que la receptación sostiene la existencia de los mercados ilícitos y entienden que son la razón por la cual las víctimas de delitos contra el patrimonio no consiguen recuperar sus cosas¹⁴¹. Esta fundamentación merece críticas similares a las expuestas en el apartado precedente.

En efecto, debe rechazarse que la existencia de los mercados negros disminuye o pone en peligro las posibilidades de que la víctima de un delito recupere la cosa de la cual fue desposeída. La sola existencia del mercado negro es una prueba de tal falsedad¹⁴². Comenzaré con un ejemplo claro y luego propondré algunos más complejos que también permiten demostrar que la existencia de los mercados negros *incrementa* la posibilidad de la víctima de recuperar la cosa que le fue ilegítimamente desapoderada¹⁴³.

Piénsese en alguien que sustrae una pintura muy valiosa de una colección privada perteneciente a X. Para recuperar ese cuadro, la policía, la justicia y hasta el mismo X sin duda comenzarían a averiguar sobre aquel en el mercado negro de cuadros y tratarían de seguir su rastro allí. Y eso brinda al menos una posibilidad de recuperación de la pintura. Si el mercado negro en cuestión no existiera habría menos esperanzas —y posibilidades reales—

¹⁴¹ Respecto de la relación entre mercado negro y receptación se desarrollaron, además, otras tesis, pero como están vinculadas con la postura que sostiene que el bien jurídico que se protege mediante la punición de la receptación es la vigencia del Derecho o la prevención de la comisión de futuros delitos contra la propiedad, las analizaré más adelante, cuando me ocupe de esa posición. Lo que se afirma desde ese lugar es, básicamente, que los receptadores son una especie de «proxenetas de los delitos contra la propiedad», es decir, se los considera responsables de la existencia y el mantenimiento de los mercados negros, y se dice que ello afecta intereses de seguridad y de prevención generales. Entre los autores que afirman una naturaleza doble de la receptación, como un delito contra el patrimonio y contra los intereses de seguridad o de prevención generales, *vid.*, entre otros, Tatjana HÖRNLE, «Anschlussdelikte als abstrakte Gefährdungsdelikte...», *op. cit.*, pp. 487 y ss.; Jans-Joachim RUDOLPHI, «Grundprobleme...», *op. cit.*, p. 4; Reinhart MAURACH, Friedrich-Cristian SCHROEDER y Manfred MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, *op. cit.*, t. I, 8.ª ed., § 39 I, nm. 4 y s., pp. 408 y s. En la jurisprudencia alemana *vid.* BGHSt 7, p. 142. Sobre la receptación entendida únicamente como una conducta que afecta la prevención general o los intereses de seguridad generales, *vid.* Olaf MIEHE, «Die Schutzfunktion der Strafdrohungen...», *op. cit.*, p. 105. En contra Gerald ROTH, *Eigentumsschutz nach der Realisierung...*, *op. cit.*, p. 105.

¹⁴² *Vid.* Tatjana HÖRNLE, «Anschlussdelikte als abstrakte Gefährdungsdelikte...», *op. cit.*, pp. 483, 487 y ss.

¹⁴³ *Vid.*, en el mismo sentido, Kurt BUBERT, *Die Heblerei*, *op. cit.*, p. 54.

de encontrarla. De hecho, si la investigación estatal —incluso en el mercado negro— fracasara, todavía le queda a X la posibilidad de hallar su cuadro en ese mercado ilícito, por ejemplo, pagando por este, aun cuando no logre dar nunca con el autor del hecho.

Lo cierto es que, si de lo que se trata únicamente es de la posibilidad real de recuperar la cosa, la existencia de mercados negros no solo no la dificulta, sino que, antes bien, en muchos casos la hace posible¹⁴⁴. Para comprobarlo basta con pensar qué sucedería si el cuadro de X, en lugar de ser introducido por el ladrón en el mercado negro, fuese ocultado en una caja fuerte y que el ladrón no dijera nada a nadie de esto y nunca más sacara al cuadro de allí. ¿En cuál de los dos supuestos tendría X más posibilidades reales de recuperar su cuadro? Sin dudas en la primera.

La existencia de los mercados negros involucra a muchas personas, galpones y depósitos, gente que traslada las cosas, lugares fijos de venta, informantes, comisionistas, páginas en internet, comunicaciones en general, testigos, dinero cuya procedencia no se puede justificar, policías y otros funcionarios públicos corruptos, etc. Todas esas circunstancias operan como indicios o pruebas que ayudan a dar con cosas ilegítimamente sustraídas que se quieren recuperar y con los autores y partícipes de esas sustracciones.

Otro ejemplo: a X le roban su teléfono móvil, un teléfono inteligente, pero de gama media. Sin embargo, como X tiene un fuerte apego por ese aparato, porque se lo regaló su madre fallecida, lo quiere recuperar. ¿Qué hace X entonces? Pues se dirige donde sabe que se venden teléfonos celulares robados y ofrece pagar por aquel. ¿Y qué haría incluso la policía para recuperarlo si X hubiese efectuado la denuncia? Pues contactaría con el submundo de informantes que rodea a ese mercado negro e intentaría dar con ese aparato. Por supuesto que, por las características de este hecho, las posibilidades de recuperarlo en el mercado negro serán muy escasas (pues es muy probable que el autor del hecho se quede con el teléfono y no diga a nadie que lo robó, etc.). Pero lo cierto es que, si ese mercado ilícito no existiera, tales posibilidades serían aún menores.

De nuevo, con esto no estoy argumentando a favor ni de la existencia ni de la tolerancia de los mercados negros o ilícitos en la sociedad. Simplemente, una vez más, intento evidenciar la falsedad de las premisas en las que se basan las teorías y los argumentos desarrollados para justificar el castigo de la receptación a partir de la idea de que esta facilita la generación de mercados negros, *por tanto*, dificulta la recuperación de cosas ilícitamente obtenidas. Esto es simplemente falso. Que los mercados negros y la receptación deban estar prohibidos debe fundamentarse, entonces, en otras razones.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 54, nota al pie 2: Claus SEIBERT. «Verdächtige Zeugen (§ 60 Ziff. 3 StPO)», NJW, 1963, p. 143.

2.2.3.3. Acerca de la pretensión de restitución: la receptación como un delito contra la administración de justicia o como un delito contra el patrimonio

Desde el momento en que alguien se apodera ilegítimamente de una cosa ajena, el desposeído tiene el derecho de recuperarla y ser indemnizado¹⁴⁵. Estas son acciones civiles que el Derecho penal, sin embargo, no se encarga de proteger¹⁴⁶. El damnificado de un delito anterior que afecta su patrimonio conserva el derecho de propiedad de la cosa que ya no posee. De esta nacen las acciones o pretensiones (civiles) que puede ejercer contra el que le causó el daño y únicamente sobre él¹⁴⁷. Entonces, el que muestra al autor del delito anterior un escondite para que esconda las cosas que obtuvo por medio del hecho previo o el que compra al autor del hecho anterior una cosa que obtuvo mediante la comisión de ese delito previo no lesiona las pretensiones de devolución o restitución mencionadas, y a tal punto ello es así que estas no pueden ser ejercidas contra ellos¹⁴⁸.

Vale la pena destacar que la receptación entendida como aquel comportamiento que afecta la pretensión de restitución solo podrá ser tenida como un delito contra el patrimonio o la propiedad si y solo si se considera que el titular de tal pretensión es la víctima del delito anterior y no, en cambio, cuando se considera que es el Estado. Sin embargo, como ya dije, el Derecho penal no protege una pretensión de restitución cuyo titular sea la víctima del delito anterior. Con esto no se está queriendo decir que esa pretensión o derecho no exista, sino que simplemente no es materia del Derecho penal custodiar cuestiones de materia civil y, además, que solo puede ser ejercida contra intervinientes en el delito anterior y siempre y cuando ello le interese. El delito de receptación, en cambio, se configura sin tener en cuenta si el propietario de la cosa objeto del delito anterior quiere recuperarla o no.

Además, no es cierto, como ya se dijo arriba, que la receptación ponga en peligro (ni siquiera abstracto), dificulte o impida que la víctima del delito anterior recupere la cosa que ya no posee a causa de un hecho previo, sino que, por el contrario, este comportamiento ilícito, en muchos casos, favorece o posibilita que la víctima del delito anterior la recupere o tenga la posibilidad de recuperarla.

¹⁴⁵ Así, por todos, Karsten ALTENHAIN, *Das Anschlußdelikt*, op. cit., p. 202; Carlos PÉREZ DEL VALLE, «El delito de receptación: los elementos objetivos...», op. cit., pp. 67 y 74.

¹⁴⁶ Así, entre otros, Horst SCHRÖDER, «Begünstigung...», op. cit., pp. 184 y s.; Karsten ALTENHAIN, *Das Anschlußdelikt*, op. cit., pp. 201 y ss.

¹⁴⁷ Así, por todos, Karsten ALTENHAIN, *Das Anschlußdelikt*, op. cit., pp. 202, 204 y s., 248, nota al pie 474; Carlos PÉREZ DEL VALLE, «El delito de receptación: los elementos objetivos...», op. cit., pp. 67 y 74.

¹⁴⁸ Así, Karsten ALTENHAIN, *Das Anschlußdelikt*, op. cit., p. 202.

Ahora bien, una de las actividades de los órganos de justicia penal en casos como estos consiste en decomisar las cosas que fueron ilícitamente obtenidas. Por eso hay autores que entienden que el favorecimiento personal, el favorecimiento real y la receptación son diferentes formas de cometer un mismo delito, que protege la imposición de las consecuencias jurídicas que nacen con la comisión de un delito¹⁴⁹. Según esta tesis, los tres comportamientos mencionados afectan, por un lado, la persecución e imposición del castigo a los autores de delitos, y, por el otro, el decomiso (*Verfall*) de los bienes obtenidos por medio de la comisión de un hecho antijurídico¹⁵⁰.

Una tesis como esta, principalmente sostenida por Althenain¹⁵¹ en Alemania, podría funcionar para explicar el fundamento de la punibilidad del favorecimiento real y, en alguna medida, del favorecimiento personal, pero, a mi juicio, no es admisible respecto de la receptación sino vaciando su contenido e interpretándola como una forma más de favorecimiento real. Una idea similar, aunque sin la fundamentación teórica de Althenain, podría pensarse que es la que domina la literatura argentina¹⁵².

2.2.4. *Conclusión*

La teoría de la perpetuación desarrollada en Alemania para explicar el ilícito de la receptación y legitimar su prohibición y castigo penal como un delito contra el patrimonio no es más que un resabio de las teorías más antiguas que entendían los comportamientos de favorecimiento y receptación como formas de participación posterior en un delito previo ajeno, es decir, como una participación en el mantenimiento de la lesión al derecho provocada por otro. Cuando ya no hubo más lugar para estas conductas en la teoría de la participación se afirmó que ese mantenimiento, propio de la receptación, lesionaba el bien jurídico ya lesionado por el delito anterior. Se ha demostrado, sin embargo, que ninguna de las versiones que se desarrollaron de la teoría de la perpetuación logró explicar ni delimitar en forma plausible cuál es, concretamente, el daño que provoca la receptación en el patrimonio ni por qué está justificado que esa conducta esté jurídico-penalmente prohibida.

La teoría de la perpetuación, en consecuencia, debe ser rechazada. Si se considera que la receptación es un delito que afecta el patrimonio, será necesario entonces determinar quién es la víctima de esa conducta, es decir, el patrimonio de quién se lesiona por medio de ese actuar, y cómo, y por qué.

¹⁴⁹ *Ibid.*, pp. 271 y ss.

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² Estas ideas serán analizadas más adelante.

3. LA TEORÍA DE LA VIGENCIA DEL DERECHO (RECHTSGELTUNGSTHEORIE)

La teoría de la vigencia del Derecho fue desarrollada por primera vez por Miehe¹⁵³ en los años setenta. Con esta se intentó superar las críticas a la teoría de la perpetuación esgrimidas en ese tiempo, ya expuestas aquí. Básicamente sostuvo que los tipos penales de favorecimiento real, favorecimiento personal y receptación protegían lo mismo, a saber, la vigencia del Derecho. Se opuso, así, a la postura dominante que sostenía (y aún lo hace en Alemania y en España) que la receptación es un delito contra el patrimonio.

Miehe no fue, sin embargo, el único que postuló estas ideas. Otros autores alemanes también lo hicieron y lo hacen actualmente, aunque con varios matices y, como se verá luego, intentando mostrar que hay un bien jurídico lesionado¹⁵⁴. No se trata, pues, de una teoría superada o con importancia solo histórica, sino que sigue siendo un punto de vista relevante en la discusión alemana actual sobre el tema, aunque minoritario. En rigor, para describir el ilícito de receptación las variantes más actuales de esta posición combinan los argumentos de la teoría de la perpetuación y los que ahora se analizarán, de modo tal que consideran que la receptación afecta al Derecho en *dos* direcciones¹⁵⁵.

De acuerdo con el núcleo central de esta teoría, los comportamientos de encubrimiento disminuyen la fuerza intimidatoria del Estado. Por consiguiente, para Miehe, lo ilícito (*Unrecht, wrong*) de los delitos de favorecimiento y receptación, o lo que los torna merecedores de pena (*strafwürdig*), consiste en que despiertan en otras personas —futuros delincuentes— la idea de que se pueden evitar las consecuencias jurídicas que surgen de la comisión de delitos en general e incluso obtener beneficios por ello, y de esa forma los motivaría a delinquir¹⁵⁶. El encubrimiento (y la receptación), en

¹⁵³ Vid. Olaf MIEHE, «Die Schutzfunktion der Strafdrohungen...», *op. cit.*, pp. 91 y ss.

¹⁵⁴ Principalmente, Friedrich-Christian SCHROEDER, *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, Berlin, De Gruyter, 1985, pp. 14 y s.; Gerald JANSON, *Begünstigung und Heblerei vor dem Hintergrund...*, *op. cit.*, pp. 94 y ss. (respecto del favorecimiento real) y pp. 46 y ss. (respecto de la receptación). Similar, aunque excluye la receptación, LK-WALTER, «§ 257», nm. 7, p. 486. En España, esta es la tesis de la que parte Sánchez-Ostiz Gutiérrez y en la que basa toda su argumentación, aunque intenta evitar las críticas de las que se hizo acreedora la postura original. Así, Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?...*, *op. cit.*, pp. 265 y ss., 270 y ss., 273 y ss., 277 y s., 280 y s., y 304 y s.

¹⁵⁵ Así, por todos, Gerald JANSON, *Begünstigung und Heblerei vor dem Hintergrund...*, *op. cit.*, pp. 145 y ss.

¹⁵⁶ Una descripción de esta teoría se encuentra, por ejemplo, en Karsten ALTENHAIN, «§ 257», *NK-StGB*, 4.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2013, nm. 5, pp. 386 y s. (en adelante NK-ALTENHAIN, «§ 257»); ID., *Das Anschlussdelikt*, *op. cit.*, pp. 237 y ss.; LK-WALTER, «§ 257», nm. 7, p. 486. Cabe aclarar que la mejor explicación de esta teoría suele encontrarse respecto del delito de favoreci-

tendido de esta manera, es un motivo a favor de la comisión de futuros delitos contra el patrimonio¹⁵⁷ y, por tanto, una obstaculización para la realización de los fines del Derecho penal.

Los partidarios de esta idea entienden, entonces, que el objetivo de las normas que prohíben los denominados delitos de conexión consiste en fortalecer el efecto de prevención general característico de toda amenaza penal¹⁵⁸. Así, mediante la prohibición de la receptación —y de las distintas formas de favorecimiento— se protegería la vigencia del Derecho *en general* y no la de una norma en particular¹⁵⁹. Mediante la prohibición de las conductas encubridoras se quiere evitar que el autor, tras la comisión de un delito, obtenga un beneficio o alguna ayuda de otra persona¹⁶⁰.

Conforme a esto, los tipos penales de encubrimiento cumplirían la función de desmotivar la comisión de futuros delitos. Al castigarse la ayuda prestada a un delincuente tras la comisión de un hecho, lo que se busca es aislarlo para que, como consecuencia de ello, no sepa qué hacer con las cosas sustraídas, ni cómo deshacerse de las pruebas que lo incriminan, ni dónde podría esconderse, etc.¹⁶¹ A su vez, ello repercutiría en el delincuente potencial para disuadirlo de la idea de cometer un delito. Con más claridad aún: al castigarse la solidaridad con los autores o partícipes de un delito se disminuiría para estos la posibilidad de encontrar ayuda tras el hecho, y ello los desmotivaría a actuar de manera contraria a Derecho¹⁶².

Por tanto, para la teoría de la vigencia del Derecho mediante la prohibición y punición de la receptación —y de las conductas de favorecimiento— no se protege *inmediatamente* ningún bien jurídico en particular, sino que solo de manera *mediata* todos los bienes jurídicos ya protegidos por el Derecho penal¹⁶³.

miento real, dado que los representantes de estas ideas consideran que esta es aplicable a ambos y que dañan el mismo bien jurídico.

¹⁵⁷ Sobre ello *vid.* Theodor LENCKNER, «Straf- und Strafprozeßrecht», *op. cit.*, p. 797.

¹⁵⁸ Así, Olaf MIEHE, «Die Schutzfunktion der Strafdrohungen...», *op. cit.*, p. 105; Pablo SANCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?...*, *op. cit.*, pp. 264 y ss., 270 y ss., 273 y 277 y s. Sobre ello *vid.*, por todos, Karsten ALTENHAIN, *Das Anschlußdelikt*, *op. cit.*, p. 237.

¹⁵⁹ Así, entre otros, Olaf MIEHE, «Die Schutzfunktion der Strafdrohungen...», *op. cit.*, p. 105; Reinhart MAURACH, Friedrich-Cristian SCHROEDER y Manfred MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, t. II, *Straftaten gegen Gemeinschaftswerte*, 7.ª ed., Heidelberg, Müller, 1991, nm. 5, p. 396.

¹⁶⁰ Así, Olaf MIEHE, «Die Schutzfunktion der Strafdrohungen...», *op. cit.*, pp. 104 y s.; Stefan SEEL, *Begünstigung und Strafvereitelung durch Vortäter und Vortatteinehmer*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999, p. 22.

¹⁶¹ Así, entre otros, Stefan SEEL, *Begünstigung und Strafvereitelung...*, *op. cit.*, p. 22; Pablo SANCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?...*, *op. cit.*, pp. 268 y ss.

¹⁶² Así Olaf MIEHE, «Die Schutzfunktion der Strafdrohungen...», *op. cit.*, p. 105; Pablo SANCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?...*, *op. cit.*, pp. 268 y s.

¹⁶³ Así, Olaf MIEHE, «Die Schutzfunktion der Strafdrohungen...», *op. cit.*, pp. 105 y 113. Lenc-kner, con base en argumentos muy similares a los de Míehe y rechazando la teoría de la perpetua-ción, entiende que la receptación afecta al patrimonio en general, es decir, el de futuras víctimas

Algo muy interesante a destacar es que Miehe reconoce que todas las conductas de encubrimiento mantienen la situación antijurídica, principalmente patrimonial, causada por la comisión del delito anterior¹⁶⁴. Sin embargo, considera que esa característica no implica, por lo menos principalmente, una lesión inmediata ni a derechos privados o públicos de restitución ni al patrimonio. Por el contrario, para este autor, el encubrimiento afecta al fin principal del Derecho penal: la prevención general y la prevención especial¹⁶⁵. La prohibición de las conductas de encubrimiento, por tanto, busca eliminar los motivos para que otras personas cometan futuros delitos¹⁶⁶.

Otro autor que sostuvo una teoría similar a la de Miehe fue Friedrich-Christian Schroeder. A su juicio, el objetivo de las normas que prohíben las diversas conductas de encubrimiento es mantener la vigencia del Derecho penal. En esa línea, negó expresamente que estos delitos protegieran algún bien jurídico específico¹⁶⁷. Para Schroeder, la receptación, el favorecimiento real, el favorecimiento personal y otras conductas, como, por ejemplo, las prescritas en los §§ 111, 138, 145.d), 164 StGB, forman parte de un grupo de delitos que atentan contra el Derecho penal en general y que, por tanto, no protegen ningún interés individual en particular¹⁶⁸.

En este sentido, Schroeder afirma que mediante esos tipos penales se busca, por un lado, impedir la planificación y comisión de futuros delitos, así como su aprobación posterior, y, por el otro, asegurar el castigo y la ejecución de la pena de los que ya hayan cometido un delito¹⁶⁹. Esas finalida-

de delitos contra el patrimonio. Así, Theodor LENCKNER, «Straf- und Strafprozeßrecht», *op. cit.*, p. 797.

¹⁶⁴ Vid. Olaf MIEHE, «Die Schutzfunktion der Strafdrohungen...», *op. cit.*, p. 107.

¹⁶⁵ *Ibid.*, pp. 91 y ss., 104, 107 y 109.

¹⁶⁶ *Ibid.*, pp. 109 y 113; Friedrich-Christian SCHROEDER, *Die Straftaten gegen...*, *op. cit.*, p. 15; Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?...*, *op. cit.*, pp. 268 y ss.

¹⁶⁷ De un modo muy similar, Sánchez-Ostiz Gutiérrez considera, en primer lugar, que la función de lo que él llama «normas de resguardo» (dentro de las que ubica el favorecimiento y la receptación) «consiste en asegurar lo contenido en las normas primaria y secundaria» y, agrega, que «no se trata (...) de un mero esfuerzo de intensificación de los efectos preventivos contenidos en la norma penal, sino de un elemento estructural propio de cualquier norma» (Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?...*, *op. cit.*, pp. 273 y s.). En segundo lugar, el autor sostiene que «dicho factor estructural conduce también a que la carencia de un bien jurídico propio en el encubrimiento no debe llevar a pensar que se trata de un delito sin bien jurídico, con todo lo negativo que ello pueda suponer: según entiendo, el encubrimiento carece de bien jurídico propio porque sirve a la tutela de los respectivos bienes jurídicos de los delitos a los que accede» (pp. 277 y s.).

¹⁶⁸ Vid. Friedrich-Christian SCHROEDER, *Die Straftaten gegen...*, *op. cit.*, p. 11. Sobre la teoría de Schroeder *vid.*, entre otros, LK-WALTER, «§ 257», nm. 7, p. 486; Tatjana HÖRNLE, «Anschlussdelikte als abstrakte Gefährungsdelikte...», *op. cit.*, p. 484; Reinhart MAURACH, Friedrich-Christian SCHROEDER y Manfred MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, *op. cit.*, t. II, pp. 390 y ss.

¹⁶⁹ Así, Friedrich-Christian SCHROEDER, *Die Straftaten gegen...*, *op. cit.*, p. 11. En sentido similar, Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?...*, *op. cit.*, pp. 263 y ss.

des son, por antonomasia, los fines del Derecho penal, y por eso entiende el autor que estos delitos se dirigen contra la tarea del Derecho penal por excelencia¹⁷⁰. Con base en ello, Schroeder sostiene que «son delitos contra el Derecho penal. Sus prohibiciones, por tanto, sirven para fortalecer y asegurar el efecto de los otros tipos penales existentes»¹⁷¹. En otras palabras, para Schroeder, mediante la prohibición penal de la receptación (y de otras conductas específicas) se quiere evitar que se cometan nuevos delitos¹⁷². En consecuencia, y conforme a esta tesis, puede concluirse que mediante su castigo se busca proteger los bienes jurídicos tutelados por el Derecho penal a través de cualquier otro tipo penal¹⁷³.

Los representantes de estas ideas afirman que tanto el favorecimiento como la receptación implican una ayuda dirigida al autor del delito anterior para que pueda superar las dificultades que surgen después de la comisión de un hecho típico. El receptor, para los partidarios de esta tesis, brinda seguridad al autor del delito previo, porque el último sabe o asume, antes de decidirse a cometer el hecho, que podrá obtener una ganancia económica al vender después la cosa que obtenga de manera antijurídica¹⁷⁴.

En otras palabras, conforme a la teoría de la vigencia del Derecho, el receptor genera en el autor de un delito previo la tranquilidad de que su conducta delictiva tendrá un rédito económico. Así, el conocimiento o la confianza, anterior a la comisión del delito, respecto de la existencia de una ayuda posterior a su comisión, es precisamente lo que evita o frustra el efecto amedrentador característico de las normas penales y constituye, por tanto, un motivo en sí mismo para que se cometan nuevos delitos penales¹⁷⁵. En ello consiste lo ilícito de la receptación para los partidarios de esta tesis.

Tonio Walter es otro representante de esta línea de pensamiento, pero únicamente respecto de las conductas de favorecimiento real y favorecimiento personal. Para este autor, la prohibición del aseguramiento de los beneficios del delito sirve «como refuerzo de normas de comportamiento (primarias) especialmente importantes, o sea, jurídico-penales (función de

¹⁷⁰ Así, Friedrich-Christian SCHROEDER, *Die Straftaten gegen...*, *op. cit.*, p. 11.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 11. En el mismo sentido *vid.* Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?...*, *op. cit.*, pp. 280 y s.

¹⁷² *Vid.*, entre otros, Friedrich-Christian SCHROEDER, *Die Straftaten gegen...*, *op. cit.*, p. 11; Tatjana HÖRNLE, «Anschlussdelikte als abstrakte Gefährdungsdelikte...», *op. cit.*, p. 484.

¹⁷³ Así, Friedrich-Christian SCHROEDER, *Die Straftaten gegen...*, *op. cit.*, p. 11; Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?...*, *op. cit.*, p. 278.

¹⁷⁴ Así, por todos, Gerald JANSON, *Begünstigung und Hehlerei vor dem Hintergrund...*, *op. cit.*, p. 132.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 132; Olaf MIEHE, «Die Schutzfunktion der Strafdrohungen...», *op. cit.*, p. 105; Stefan SEEL, *Begünstigung und Strafvereitelung...*, *op. cit.*, p. 22; Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?...*, *op. cit.*, pp. 268 y ss.

fortalecimiento)¹⁷⁶». Sin embargo, Walter considera que la receptación es un delito que afecta el patrimonio, y respecto de ella permanece, por tanto, dentro de la postura alemana mayoritaria.

En España, esta postura es sostenida, principalmente, por Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez, quien utiliza la expresión «normas de resguardo» para referirse al favorecimiento real (encubrimiento real), al favorecimiento personal (encubrimiento personal) y a la receptación. De un modo muy similar a como lo hicieron Miehe, Schroeder y los demás autores alemanes que de algún modo representan esta tesis, Sánchez-Ostiz considera, en primer lugar, que la función de las «normas de resguardo» consiste en «asegurar lo contenido en las normas primaria y secundaria», y agrega que «no se trata (...) de un mero esfuerzo de intensificación de los efectos preventivos contenidos en la norma penal, sino de un elemento estructural propio de cualquier norma»¹⁷⁷. Y, en segundo lugar, el autor sostiene que «dicho factor estructural conduce también a que la carencia de un bien jurídico propio en el encubrimiento no debe llevar a pensar que se trata de un delito sin bien jurídico, con todo lo negativo que ello pueda suponer: según entiendo, el encubrimiento carece de bien jurídico propio porque sirve a la tutela de los respectivos bienes jurídicos de los delitos a los que accede»¹⁷⁸.

Sánchez-Ostiz considera, pues, que las conductas de favorecimiento real y de favorecimiento personal son formas genéricas de tutelar todos los bienes jurídicos tutelados en forma directa por cada tipo penal en particular, cuando hayan sido vulnerados¹⁷⁹. Aunque aclara expresamente que, respecto del delito de receptación, lo anterior tiene algunos matices que surgen del bien jurídico patrimonio¹⁸⁰.

En síntesis, en virtud de la teoría de la vigencia del Derecho en sus diferentes versiones, por medio de la prohibición de la receptación, así como también del favorecimiento real y del favorecimiento personal, se protege el interés de la comunidad jurídica de que se cumplan las normas penales que protegen bienes dignos de tutela jurídica. El objeto de protección de los delitos de encubrimiento es, pues, el efecto preventivo general del Derecho penal. En este sentido, las normas que prohíben las conductas de encubrimiento (y receptación) cumplen una función disuasoria de prevención general.

¹⁷⁶ LK-WALTER, «§ 257», nm. 9, p. 487.

¹⁷⁷ Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?...*, op. cit., pp. 273 y s.

¹⁷⁸ *Ibid.*, pp. 277 y s.

¹⁷⁹ Así, Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, «A propósito de la relación entre el encubrimiento y la complicidad en el hecho previo», en Carlos LASCANO (dir.), *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje a Claus Roxin*, Córdoba (Argentina), Lerner, 2001, p. 418.

¹⁸⁰ *Ibid.*, pp. 418, nota al pie 45.

3.1. Críticas a la teoría de la vigencia del Derecho

La teoría de la vigencia del Derecho se hace acreedora de varias críticas que, a mi juicio, deben dirigirse, principalmente, en tres direcciones diferentes, las cuales, conjuntamente, refutan la idea de que la receptación debe castigarse porque impide que se realicen los efectos preventivos generales del Derecho penal.

En primer lugar, debe señalarse lo más obvio: no puede ser correcta una teoría que afirme que la finalidad de un tipo penal es la protección del Derecho penal. En segundo lugar, corresponde enfatizar que esta teoría es inaceptable porque puede conducir a interpretaciones extensivas, violatorias del principio de legalidad penal. Y, en tercer lugar, cabe advertir que esta teoría, en la medida en que pretende legitimar la prohibición de los delitos de encubrimiento motivada exclusivamente en la idea de que con aquellos se previenen daños, no logra mostrar cuál es su ilícito específico y, en consecuencia, es incompleta como fundamentación político-criminalmente liberal. A continuación abordaré estas tres objeciones por separado.

3.1.1. *¿Protección del Derecho penal?*

Lo primero que debe señalarse es que el Derecho penal, entendido como un sistema de normas, no puede tener por finalidad protegerse *a sí mismo*, como lo plantea esta teoría al afirmar que el objetivo de la prohibición y criminalización de las conductas de encubrimiento es fortalecer el fin de prevención general propio del Derecho penal. Por la sencilla razón de que el Derecho penal no es un bien a proteger, sino una herramienta *para proteger bienes*. En sentido estricto, hasta es razonable ver en el Derecho penal—tal como es usual decirlo respecto de la pena— un *mal* (porque impone dolor) que en todo caso estará justificado si logra demostrarse que, previniendo otros males, protege bienes, y en esa medida *hace* un bien. Pero no *es* un bien, y mucho menos uno que, circularmente, deba protegerse a sí mismo a través de las normas que lo conforman.

Lo que sí puede protegerse por medio del Derecho penal es el correcto funcionamiento de las instituciones y de las personas que imparten justicia, investigan delitos, etc., dado que bien puede decirse que los ciudadanos tienen un interés legítimo en que el Derecho penal funcione. Pero ello no implica sostener que el Derecho penal, con tipos penales como los de favorecimiento real y personal, por ejemplo, protege *al Derecho penal*.

Con prohibiciones como esas, en todo caso, lo que se persigue es permitir que determinados funcionarios públicos puedan llevar adelante sus ta-

reas. Es posible que esas tareas generen prevención general, pero lo que se castiga en tales casos no es algo tan vago e impreciso como «impedir o dificultar la prevención general» (lo cual, como enseguida se verá, sería manifiestamente violatorio del principio de legalidad), sino que se impida a personas determinadas la concreción de tareas igualmente determinadas, como aquellas que están involucradas en la investigación de delitos.

3.1.2. Violación del principio de legalidad

Es también especialmente cuestionable la idea de que pueda existir un tipo penal cuya función sea proteger al Derecho penal (y a sus fines)¹⁸¹. El Derecho penal está conformado por un conjunto de tipos penales. Cada uno de estos tiene que, entre otras finalidades, prevenir la futura comisión de los ilícitos que prohíben. La suma de esas prevenciones singulares configura el fin de prevención general propio del Derecho penal en su conjunto. En función de ello es plausible afirmar que cada tipo penal en particular contribuye a la prevención general. Pero esa plausibilidad se pierde si, en lugar de asegurarse esa contribución a partir de la idea intuitiva de que con la prevención de cada delito se realiza un aporte parcial a la prevención general del Derecho penal, se dice, como hace esta teoría, que el aseguramiento de esa prevención general es el cometido *específico y rector* (y no una mera consecuencia mediata y contingente) de un delito en particular.

La redacción estándar de los tipos penales muestra que están invariablemente orientados a prohibir conductas específicas y delimitadas *con precisión*, que es lo que exige el principio constitucional de legalidad o de taxatividad penal. Sostener que la prohibición de una conducta específica (como la de encubrir, matar, robar, etc.) tiene como fin específico la prevención general, esto es, la prevención no solo de esas conductas, sino de cualquier otro delito, es un exceso que extralimita el alcance del texto de cada tipo penal en particular. Para que ese alcance no fuese así de excesivo, sino acorde con el texto del que parte, sería necesario construir un tipo penal sumamente amplio, cuyo presupuesto fáctico consistiese en algo así como «el que pusiere en riesgo la prevención de cualquier delito». Pero semejante redacción sería tan general e imprecisa que violaría en forma ostensible al mencionado principio de legalidad penal¹⁸².

¹⁸¹ En sentido similar, Gerald JANSON, *Begünstigung und Heblerei vor dem Hintergrund...* *op. cit.*, p. 132.

¹⁸² Sobre el principio de legalidad *vid.*, entre otros, Alejandra VERDE, «Discurso y praxis de la dogmática penal. Un ejemplo a partir de la dogmática de la estafa», *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, vol. VI, núm. 2, nueva serie II, 2015, pp. 215 y ss.; *id.*, «Subsunción alternativa en la condena...», *op. cit.*, pp. 20 y ss.

Como esto, sin embargo, es precisamente lo que pretende la teoría de la vigencia del Derecho respecto de los delitos de encubrimiento (y en particular de la receptación), debe concluirse que esta puede conducir a interpretaciones extensivas, violatorias del principio de legalidad penal, y que, por tanto, también por este motivo debe ser rechazada. No es legítimo reforzar o fortalecer la prevención general¹⁸³ a través de varios tipos penales si ello implica violar el principio de legalidad, que es lo que sucede, como dije, si a las normas que prohíben el encubrimiento se las legitima solo o preponderantemente por esa razón.

3.1.3. *Legitimación únicamente por razones preventivas*

Finalmente cabe objetar que no es legítimo castigar a una persona únicamente porque su conducta motiva la realización de futuros delitos, cuya comisión se quiere prevenir, sin que se indique qué es lo ilícito específico de tales conductas ni cuál es el daño concreto que causan como consecuencia directa¹⁸⁴.

Es, en efecto, cuestionable, desde un punto de vista liberal, que el Estado esté legitimado para prohibir conductas si se basa *exclusivamente* en razones de prevención general. Para representar mejor esta idea conviene no dejar de tener en cuenta que hay muchas conductas que motivan a las personas a cometer delitos, pero que, sin embargo, no sería sensato prohibir. Y que ello no sea sensato tiene que ver, precisamente, con que su prohibición termina quedando fundada exclusivamente en razones preventivas.

Por ejemplo, que las personas lleven joyas valiosas de forma visible mientras caminan por el centro de la ciudad puede de hecho motivar a otras a cometer delitos contra la propiedad. Sin embargo, prohibir el uso de joyas en la vía pública, y, más aún, castigar a los que las luzcan, constituiría una injerencia estatal totalmente ilegítima. ¿Y por qué? Simplemente porque no es posible afirmar que sea ilícito o inmoral lucir joyas¹⁸⁵.

Otro ejemplo, que las personas vistan minifaldas muy cortas, ropas ajustadas o escotes pronunciados podría ser esgrimido como una motivación o incitación a que sean abusadas sexualmente. Pero, ¿podría afirmarse por ello que habría que prohibir que las personas vistan de determinada manera? ¿Es acaso inmoral lucir una minifalda? Y aun si lo fuera, ¿sería esa una ra-

¹⁸³ Vid. al respecto nuevamente LK-WALTER, «§ 257», nm. 9, p. 487.

¹⁸⁴ Vid. Gerald JANSON, *Begünstigung und Heblerei vor dem Hintergrund...*, op. cit., p. 132.

¹⁸⁵ Por lo menos en esas circunstancias. Desde un punto de vista específicamente moral podría en todo caso discutirse, por ejemplo, si es correcto exhibir joyas en un contexto en el que quienes pueden verlas son todas personas de escasos recursos económicos, pero esa es otra discusión que no interesa aquí.

zón suficiente para prohibir *penalmente* —y en una sociedad como la nuestra— esa vestimenta? ¿Se viola el derecho de alguien o se lesiona algún bien jurídico si ello ocurre? Al menos puede decirse que ese tipo de conductas no causan la *clase de daño* que justifica la intervención del Derecho penal en un Estado de Derecho liberal¹⁸⁶.

Esos comportamientos, sin embargo, al igual que la receptación, sí pueden afectar el cumplimiento del fin preventivo general propio del Derecho penal, en la medida en que, de alguna manera, pueden llegar a estimular la comisión de delitos. ¿Pero podrían prohibirse por ello tales conductas? Evidentemente, no. Los ejemplos muestran con claridad, precisamente, por qué, en un Derecho penal liberal, no funcionan, como fundamento de sus prohibiciones, argumentaciones fundadas solo en razones preventivas. El Estado, en efecto, no puede restringir la libertad de las personas únicamente porque considera que la conducta que prohíbe motiva la comisión de delitos.

Ahora bien, ¿no hay acaso una diferencia entre una conducta como la de la receptación y otra como la de lucir joyas o vestir una minifalda? Obviamente, sí. Lucir joyas o vestir una minifalda en la vía pública son conductas respecto de las cuales no se puede predicar ninguna clase de ilicitud que las haga merecedoras de pena. Por tanto, mientras ocurran en ese contexto forman parte del ámbito de libertad del que goza cada individuo en una sociedad liberal y que el Estado de una sociedad así, por tanto, debe respetar e incluso proteger.

No puede decirse lo mismo de la receptación. De esta, al contrario que de las anteriores, sí puede predicarse alguna ilicitud que la hace incluso merecedora de pena, pues no parece que pueda ser lícito, e incluso indiferente para el Derecho penal, que alguien obtenga alguna clase de beneficio a partir del hecho de que otra persona haya sido víctima de un delito. Y también parece evidente que una conducta como la de la receptación causa, asimismo, un daño.

En este sentido, Tatjana Hörnle advierte que «el autor del delito de conexión no puede ser responsable de manera inmediata por futuros delitos cometidos por otros operadores en el mercado. Todavía queda por justifi-

¹⁸⁶ Acerca de cuál es la clase de daño que legitima la intervención penal en un Estado de Derecho liberal (por ejemplo, ¿es socialmente dañosa una conducta si solo daña los sentimientos o las creencias de los integrantes de una comunidad religiosa?), la bibliografía (desde Mill hasta hoy) es inabarcable y el tema es tan profuso en detalles que, de abordarlo, excedería los límites de esta investigación. Para un panorama general *vid.*, entre otros, John Stuart MILL, *On liberty*, London, John W. Parker and Son, 1859, caps. 1 y ss., parágrafo 9, disponible en <http://www.philosophy.uw.edu.pl/wp-content/uploads/J.S.Mill-On-Liberty-Ch.12.pdf>; Joel FEINBERG, *Harm to Others*, New York, Oxford University Press, 1984, pp. 34 y ss.; Arthur RIPSTEIN, «Beyond the Harm Principle», *Philosophy & Public Affairs*, vol. 34, núm. 3, 2006, pp. 215-245; Douglas HUSAK, *Overcriminalization*, New York, Oxford University Press, 2008, pp. 55 y ss.; R. Antony DUFF, «Repairing Harms and Answering for Wrongs», *Legal Studies Research Paper Series*, Research Paper núm. 14-06 (2013), pp. 212-230; Michael MOORE, *Placing Blame*, Oxford, Oxford University Press, 1997, pp. 190 y ss.

car por qué le son imputables a él ese tipo de riesgos. Particularmente complicado resulta ello ante peligros basados en grandes mercados ilegales utilizados por una oferta y demanda numerosa»¹⁸⁷. Esta autora, sin embargo, se limita a señalar algunos de estos problemas, pero no ofrece al respecto ninguna solución superadora.

Y es precisamente aquí donde se aprecia con especial claridad este déficit de la teoría bajo análisis, que consiste, básicamente, en que no logra explicar ni cuál es la ilicitud ni cuál es el daño propio de la receptación. Esta idea central de la teoría de la vigencia del Derecho, conforme a la cual lo que se protege con los tipos penales de encubrimiento es el propio Derecho penal o su fin de prevención general, acaba siendo nada más que una estrategia para evitar responder en qué consiste la ilicitud propia de esas conductas y cuál es el bien jurídico que lesionan o ponen en peligro.

Cuando la teoría de la vigencia del Derecho afirma que mediante la prohibición de los comportamientos de encubrimiento se protege al Derecho penal o a su función preventiva, lo que *de hecho* ocurre es que se está prescindiendo de la idea de merecimiento de pena y de daño (o lesión a un bien jurídico) para prohibir una conducta, y ello es insostenible en un Derecho penal liberal. Por lo demás, es totalmente arbitrario que los representantes de esta postura, por un lado, justifiquen la prohibición de las conductas de encubrimiento con el argumento de que impiden el objetivo de prevención general del Derecho penal, pero que, por el otro, no justifiquen con ese mismo argumento el castigo penal de otros comportamientos que producen los mismos efectos.

4. TEORÍAS MIXTAS

Ninguna de las teorías anteriormente analizadas es capaz de explicar de manera correcta en qué consiste lo ilícito de la receptación ni cuál es el daño que provoca y, en consecuencia, qué bien jurídico se ve afectado por esta. En consecuencia, tampoco logran establecer cuáles son los motivos para castigarla penalmente. Para evitar algunas de estas críticas, algunos autores sostienen lo que denominan una «doble naturaleza» de la receptación. En este sentido, consideran que esta lesiona, por un lado, el patrimonio de la víctima del delito anterior por medio del mantenimiento o perpetuación de la situación patrimonial antijurídica que nace del hecho previo y, por otro lado, intereses de seguridad de toda la comunidad, porque la receptación favorece la comisión de futuros delitos contra el patrimonio¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Tatjana HÖRNLE, «Anschlussdelikte als abstrakte Gefährdungsdelikte...», *op. cit.*, p. 480.

¹⁸⁸ *Vid.*, por todos, Jans-Joachim RUDOLPHI, «Grundprobleme...», *op. cit.*, pp. 4 y s.; Walter STREE, «Begünstigung, Strafvereitelung und Hehlerei...», *op. cit.*, p. 142.

Los partidarios de esta postura no rechazan ni los postulados de la teoría de la vigencia del Derecho ni los de la teoría de la perpetuación, sino que los consideran individualmente insuficientes para explicar en forma acabada en qué consiste lo ilícito de la receptación¹⁸⁹. Por tanto, conforme a esta tesis, la receptación es un delito que afecta un bien jurídico individual, esto es, el patrimonio, pero también intereses de prevención general, es decir, un bien jurídico colectivo. El patrimonio que se considera afectado por este comportamiento es tanto el de la víctima del delito anterior, ya lesionado como consecuencia de ese hecho previo, como el patrimonio en general, entendiéndose por ello el de futuras víctimas de delitos contra el patrimonio. Y en lo que respecta a los intereses de prevención o de seguridad generales, sostiene esta posición mixta que la predisposición del receptor para adquirir cosas ilícitamente obtenidas constituye un motivo constante para que otras personas cometan delitos contra el patrimonio¹⁹⁰. Cabe analizar, por tanto, si la combinación de estos argumentos logra legitimar el castigo de la receptación.

El principal impulsor de esta teoría mixta fue el Tribunal Supremo Federal alemán [Bundesgerichtshof (en adelante BGH)]¹⁹¹. Dicho tribunal en pleno sostuvo, en la Sentencia GGSt 1/54, dictada el 20 de diciembre de 1954, que «la receptación no solo lesiona la propiedad o el patrimonio ya lesionado por medio del delito anterior, dado que mantiene y refuerza el estado patrimonial antijurídico producido mediante el delito previo, sino también, y fundamentalmente, los intereses de seguridad generales»¹⁹². En cuanto a la fundamentación, dicho tribunal sostuvo que «el receptor es especialmente peligroso, porque su predisposición a comprar cosas obtenidas ilícitamente constituye un motivo permanente para la comisión de delitos contra el patrimonio»¹⁹³. De ahí surge la denominada teoría de la peligrosidad (*Gefährlichkeitstheorie*) relacionada con el delito de receptación.

Por eso Rudolphi, en línea con esa postura jurisprudencial, sostiene que la mayoría de los delitos contra el patrimonio se cometen con la intención posterior de vender los objetos obtenidos ilícitamente¹⁹⁴. Es esa expectati-

¹⁸⁹ Vid. Jans-Joachim RUDOLPHI, «Grundprobleme der Hehlerei...», *op. cit.*, pp. 1 y s.

¹⁹⁰ Vid. Kurt SEELMANN, «Grundfälle zur Hehlerei...», *op. cit.*, p. 39; Jans-Joachim RUDOLPHI, «Grundprobleme...», *op. cit.*, p. 4; Walter STREE, «Begünstigung, Strafvereitelung und Hehlerei...», *op. cit.*, p. 142; BGHSt 7, p. 142; Olaf MIEHE, «Die Schutzfunktion der Strafdrohungen...», *op. cit.*, p. 105; Theodor LENCKNER, «Straf- und Strafprozeßrecht», *op. cit.*, p. 797.

¹⁹¹ Puede advertirse la influencia de dicha sentencia, por ejemplo, en Rudolphi. Vid. Jans-Joachim RUDOLPHI, «Grundprobleme...», *op. cit.*, p. 4.

¹⁹² BGHSt 7, p. 142.

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ Vid. Jans-Joachim RUDOLPHI, «Grundprobleme...», *op. cit.*, p. 4; Walter STREE, «Begünstigung, Strafvereitelung und Hehlerei...», *op. cit.*, p. 142.

va o confianza de poder vender o entregar las cosas adquiridas antijurídicamente lo que, para los representantes de esta postura, lleva a las personas a decidirse a cometer delitos contra el patrimonio¹⁹⁵.

Sin embargo, los partidarios de esta posición no están dispuestos a ir tan lejos como lo hace la teoría de la vigencia del Derecho y asumir que la receptación lesiona algún bien jurídico diferente al patrimonio. En este sentido, tanto Lenckner como Rudolphi consideran que la receptación consiste en un motivo para que las personas se decidan a cometer delitos contra el patrimonio, pero afirman expresamente que se trata de un delito contra el patrimonio y que los intereses de seguridad generales involucrados están limitados a intereses de índole patrimonial. El primero de los autores nombrados afirma, en efecto, que la receptación no tiene en cuenta, por lo menos en primera línea, la lesión *concreta* a un determinado interés patrimonial, sino el peligro abstracto de lesionar la propiedad o el patrimonio¹⁹⁶.

Rudolphi, por su parte, sostiene «que la receptación se dirige contra el patrimonio ajeno de dos maneras. Su ilícito primario es la perpetuación de la situación patrimonial y posesoria antijurídica ya originada a través del delito previo, pero a ello hay que añadirle que la conducta de receptación (...) fundamenta el peligro abstracto de futuros ataques a valores patrimoniales protegidos jurídico-penalmente»¹⁹⁷.

Por tanto, los partidarios de estas ideas consideran que solo será típica una conducta de receptación si, además de perpetuar en forma concreta la situación patrimonial antijurídica creada por medio del delito previo ajeno, fundamenta un peligro abstracto de que futuras personas se sientan motivadas a cometer delitos contra el patrimonio¹⁹⁸.

Sin embargo, a esta teoría mixta, en la medida en que acepta los postulados de la teoría de la perpetuación y, por tanto, considera que el bien jurídico que lesiona o pone en peligro la receptación es el patrimonio ya lesionado de la víctima del delito anterior, le corresponden las mismas críticas que ya se hicieron aquí a la teoría de la perpetuación, y a las que cabe remitir.

Por otra parte, la idea de peligrosidad, a la que aluden tanto el BGH como los autores citados en este apartado, no es suficiente para contrarrestar otras objeciones. En efecto, el daño adicional que esta teoría atribuye a la receptación, con fundamento en la peligrosidad que acarrea respecto al patrimonio en general, padece los mismos problemas que ya fueron analizados respecto de los argumentos en los que se apoyaba la teoría de la vigencia del Derecho.

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ Vid. Theodor LENCKNER, «Straf- und Strafprozeßrecht», *op. cit.*, p. 797.

¹⁹⁷ Jans-Joachim RUDOLPHI, «Grundprobleme...», *op. cit.*, p. 5.

¹⁹⁸ *Ibid.*

En consecuencia, la combinación de las teorías anteriormente analizadas no supera los problemas particulares que cada una padece, sino que, por el contrario, los acumula. También esta postura, por tanto, debe ser rechazada.

5. TEORÍA DEL APROVECHAMIENTO (NUTZNIESSUNGSTHEORIE)

Otra teoría desarrollada en Alemania para explicar lo ilícito de la receptación y justificar la prohibición y el castigo penal de este comportamiento es la teoría del aprovechamiento. En virtud de esta, lo ilícito de la receptación consiste «en el aprovechamiento en interés propio de la adquisición punible»¹⁹⁹ de una cosa efectuada por otro con anterioridad. Dicho de otro modo, se trata de aprovecharse «de un beneficio obtenido por otro mediante una conducta punible»²⁰⁰.

Ahora bien, el solo goce o disfrute de la adquisición de una cosa proveniente de un delito anterior ajeno no es razón suficiente por sí misma para fundamentar la necesidad de prohibir esa conducta penalmente, dado que eso, por lo menos *prima facie*, no implica una lesión al Derecho. Ello ha sido advertido incluso por los representantes de esta postura. Friedrich Geerds, por ejemplo, entiende que el interés propio (*Eigennutz*) por sí solo no hace punible la receptación, sino que su punibilidad deriva de la situación patrimonial antijurídica creada por medio del delito previo²⁰¹.

Para superar esta objeción, Edmund Mezger agrega al mencionado aprovechamiento la idea de que la receptación está unida a una cosa proveniente de un hecho antijurídico previo (*Sachgebundenheit*)²⁰². Esa conexión entre el beneficio que se obtiene y la cosa proveniente de un delito previo es lo que, según dicho autor, le da a la receptación la característica de ser un delito contra el patrimonio²⁰³.

Como ya se dijo más arriba y se profundizará más adelante, acuerdo con que beneficiarse, disfrutar o sacar un provecho de una situación ilícita sufrida por una persona es un comportamiento inmoral que puede incluso justificar la existencia de una ilicitud merecedora de castigo penal. Esa ilicitud propia de la receptación fue percibida desde tiempos remotos. Duran-

¹⁹⁹ Sven BESSEL, *Heblerei durch deliktische...*, *op. cit.*, p. 37. En el mismo sentido *vid.* Wilhelm GALLAS, «Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen...», *op. cit.*, pp. 59 y s.

²⁰⁰ Edmund MEZGER, «Zur Entwicklung der sog. Ersatzheblerei», *ZStW*, t. 59, 1940, p. 568. En sentido similar Wilhelm GALLAS, «Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen...», *op. cit.*, pp. 59 y s.

En contra, Jans-Joachim RUDOLPH, «Grundprobleme...», *op. cit.*, p. 1.

²⁰¹ *Vid.* Friedrich GEERDS, «Zum Tatbestand der Heblerei...», *op. cit.*, pp. 131 y s.

²⁰² *Vid.* Edmund MEZGER, «Zur Entwicklung der sog...», *op. cit.*, p. 568.

²⁰³ *Ibid.*, p. 569.

te siglos la sociedad entendió que el encubridor de un ladrón era igual que el ladrón y se los equiparó moral y jurídicamente²⁰⁴. Sin embargo, con el transcurso del tiempo, el desarrollo de las sociedades modernas y el estudio sistemático del Derecho penal comenzó a poner en relieve distinciones relevantes que en esta teoría son pasadas por alto.

Por lo pronto, que la receptación sea una conducta inmoral, porque es incorrecto beneficiarse o aprovecharse de cosas que otro obtuvo ilícitamente y, en consecuencia, del perjuicio que ello le causó a una persona, no legitima (por sí solo) al Estado a castigar penalmente ese aprovechamiento. Para que el Estado pueda castigarlo de ese modo debe demostrarse que, además de ser inmoral, lesiona o crea el peligro de lesionar algún bien jurídico o interés digno de tutela jurídico-penal²⁰⁵. Corresponde analizar, entonces, si los representantes de la teoría del aprovechamiento sostienen que este debe ser castigado, aunque no lesione ningún bien jurídico, o si afirman que sí lesiona uno.

Wilhelm Gallas, por ejemplo, sostuvo que la prohibición de las conductas de receptación buscaba proteger intereses patrimoniales²⁰⁶. Sin embargo, este autor destacó que el patrimonio no debía ser entendido como un objeto de lesión concreto que se afectaba mediante la receptación²⁰⁷. En definitiva, Gallas no pudo demostrar cuál era el objeto de protección de la receptación en el caso concreto²⁰⁸. Si bien consideraba que la receptación era un delito y no una forma de participación en el hecho anterior, afirmaba que el receptor debía ser castigado porque «participaba» en el delito anterior aprovechándose de los frutos de aquel²⁰⁹. La postura de Gallas debe ser rechazada, porque pretende legitimar el castigo de una conducta en principio merecedora de pena, pero sin mostrar cuál es el daño que provoca y, por tanto, sin identificar cuál es el bien jurídico que lesiona o pone en peligro.

La teoría del aprovechamiento, para justificar la punición de la receptación, afirma, de modo similar a lo que sostiene la teoría de la perpetuación, que la ilicitud de esa conducta deriva del hecho anterior, es decir, de la anti-

²⁰⁴ Vid. Mark ZÖLLER y Karl-Heinz FROHN, «Zehn Grundprobleme des Hehlereitbestandes...», *op. cit.*, p. 378; Walter STREE, «Begünstigung, Strafvereitelung und Hehlerei...», *op. cit.*, p. 142.

²⁰⁵ Vid. Olaf MIEHE, «Die Schutzfunktion der Strafdrohungen...», *op. cit.*, pp. 94 y s.

²⁰⁶ Vid. Wilhelm GALLAS, «Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen...», *op. cit.*, p. 59. Sobre las críticas a la postura de Gallas vid. Olaf MIEHE, «Die Schutzfunktion der Strafdrohungen...», *op. cit.*, p. 95.

²⁰⁷ Vid. Wilhelm GALLAS, «Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen...», *op. cit.*, p. 59.

²⁰⁸ Así, Olaf MIEHE, «Die Schutzfunktion der Strafdrohungen...», *op. cit.*, p. 95.

²⁰⁹ Vid. Wilhelm GALLAS, «Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen...», *op. cit.*, p. 59. Sobre una explicación de las ideas de Gallas vid. Olaf MIEHE, «Die Schutzfunktion der Strafdrohungen...», *op. cit.*, p. 95.

juridicidad de la adquisición de una cosa mediante ese delito previo. Sin embargo, ninguna de las dos teorías logra explicar correctamente en qué consiste esa ilicitud. Con esto no quiero decir que la ilicitud de la receptación no tenga una conexión con la ilicitud del hecho previo ajeno. La tesis que voy a sostener aquí de hecho admite expresamente una conexión, incluso fuerte, entre la ilicitud de la receptación y del delito anterior. Sin embargo, afirmar tal conexión no explica en qué consiste la ilicitud de la receptación ni por qué es moralmente incorrecto ese comportamiento.

Puede concluirse, pues, que la teoría del aprovechamiento no ha logrado describir la ilicitud de la receptación, sino que sus representantes se limitaron a mostrar una conexión entre esta y la ilicitud del delito previo. Tampoco se demostró que aprovecharse de cosas provenientes de un delito ajeno cause un daño o ponga en peligro a algún bien jurídico digno de protección penal. Por tanto, una teoría como esta, tal como fue planteada por sus autores, no es más que una manera encubierta de tratar la receptación como una forma de participación en el delito previo²¹⁰.

Hay representantes de la teoría del aprovechamiento que sostienen que el receptor se aprovecha como un parásito de las consecuencias de un delito sufrido por otro²¹¹. En este sentido, Geerds afirma que el párrafo que prescribe la receptación «se dirige contra el parásito en el ámbito de la criminalidad sobre el patrimonio. El contenido de la prohibición de la disposición, por tanto, dice: no debes aprovecharte en beneficio propio de una situación patrimonial provocada antijurídicamente»²¹². Esta fundamentación se aproxima mucho a lo que yo consideraría una descripción correcta de lo ilícito propio de la receptación. Sin embargo, y como ya dije, esto solo no es suficiente para justificar el castigo penal de dicho comportamiento; además, debe mostrarse cuál es el daño específico que provoca o, en otras palabras, cuál es el bien jurídico que lesiona o pone en peligro.

Si la ilicitud de ese aprovechamiento se deriva del delito anterior, pero no se considera la receptación como una forma de participación en este, entonces ese aprovechamiento tiene que causar un daño, diferente al causado por aquel, para que su prohibición esté justificada. Esa nueva lesión a un bien jurídico es lo que la teoría del aprovechamiento no consigue explicar. Enton-

²¹⁰ Los representantes de la teoría del aprovechamiento, sin embargo, rechazan la idea de que la receptación, conforme a sus ideas, pueda ser entendida como una forma de participación en el delito anterior. Pero ello, como surge del texto, no es coherente con su fundamentación. Vid. Edmund MEZGER, «Zur Entwicklung der sog...», *op. cit.*, pp. 570 y s.

²¹¹ Vid. Friedrich GEERDS, «Zum Tatbestand der Hehlerei...», *op. cit.*, p. 132; Edmund MEZGER, «Zur Entwicklung der sog...», *op. cit.*, pp. 568 y s.; Sentencia del BGH comentada (BGHSt 1, p. 51), «Der Vorteil bei der Hehlerei», *MDR*, 1952, pp. 732 y s.; Sentencia del RG núm. 2751/81, dictada con fecha 17 de abril de 1882, en RGSt 6, pp. 222 y s.; Sentencia del RG núm. 1D 1100/36, dictada con fecha 28 de septiembre de 1937, en RGSt 71, p. 342.

²¹² Friedrich GEERDS, «Zum Tatbestand der Hehlerei...», *op. cit.*, p. 132.

ces cabe concluir que esta, por lo menos tal como fue sostenida hasta ahora por sus partidarios, no es idónea para explicar por qué está justificado el castigo penal de la receptación²¹³.

6. LA RECEPCIÓN COMO UN DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

6.1. En Alemania

Los autores que sostuvieron en Alemania que la receptación es un delito contra la administración de justicia o el *ius puniendi*²¹⁴ estatal datan principalmente de finales del siglo XIX, sin perjuicio de que hubo algunos autores aislados durante el siglo XX que propugnaron alguna versión de estas ideas²¹⁵.

Richard Loening, por ejemplo, a finales del siglo XIX, consideraba tanto el favorecimiento real como el favorecimiento personal y la receptación como delitos contra el *ius puniendi* estatal (*Verbrechen gegen die Strafgewalt*)²¹⁶. Este autor entendía que la receptación era una forma indirecta de favorecimiento, y en relación con este concluía que impedía la realización del Derecho penal, esto es, la extinción del delito mediante la imposición de una pena. Estas ideas propias de los delitos de favorecimiento se aplicaban, pues, a la receptación, dado que no se la comprendía correctamente. Algo similar ocurre en Argentina, como se verá enseguida.

Conforme a otra versión de esta postura, más actual que la anterior, pero no por ello contemporánea, el ilícito de la receptación consistía en poner en peligro los intereses de la víctima del delito anterior relativos a la indemnización jurídico-penal o civil como consecuencia del desapoderamiento de la cosa²¹⁷. Algunas de estas nociones fueron anteriormente analizadas, pero vale la pena destacar ahora algunas características puntuales de estas. Para comenzar, hay que saber que se trataba de posturas muy excepcionales y particularmente antiguas.

A mediados del siglo XX, Schröder consideraba que la receptación era un delito contra la administración de justicia (*Rechtspflege*) y que dicho comportamiento, junto con el favorecimiento real, configuraban diferentes for-

²¹³ En el mismo sentido Olaf MIEHE, «Die Schutzfunktion der Strafdrohungen...», *op. cit.*, p. 96.

²¹⁴ Así, Richard LOENING, *Deutsches Strafrecht*, Frankfurt, Rütten & Loening, 1885, pp. 132 y s.

²¹⁵ Al respecto *vid.*, por todos, Kurt BUBERT, *Die Hehlerei*, *op. cit.*, pp. 46 y ss.

²¹⁶ Richard LOENING, *Deutsches Strafrecht*, *op. cit.*, pp. 132 y s.

²¹⁷ *Vid.*, entre otros, Kurt BUBERT, *Die Hehlerei*, *op. cit.*, p. 47; Christian NEUMANN, *Reform...*, *op. cit.*, p. 414; Karsten ALTENHAIN, *Das Anschlußdelikt*, *op. cit.*, pp. 202 y ss.

mas de lesionar el ordenamiento jurídico-penal. Por tanto, para dicho autor, la tipificación de esas conductas tenía como finalidad eliminar el estado antijurídico causado por medio del delito previo. Y consideraba, pues, que el favorecimiento real y la receptación lesionaban de dos maneras diferentes la posibilidad de recuperar las cosas de la víctima del delito precedente²¹⁸.

Expresamente sostiene Schröder que «la receptación es un delito de obstaculización de la restitución en el mismo sentido que el favorecimiento real, el que impide que las medidas necesarias que surgen tras la comisión de una conducta punible puedan conducirse hacia un restablecimiento del Derecho»²¹⁹. Sin embargo, para ese autor el favorecimiento real no protege la administración de justicia de índole civil (*Zivilrechtspflege*), sino solo la penal. En este sentido, afirma que «la restitución del Derecho tras delitos no es solo una oportunidad que se debería llevar a cabo entre los damnificados y los autores (de los delitos), sino que el ordenamiento jurídico se apropia aquí de la cosa del damnificado, colocándose todos los órganos de la administración de justicia al servicio de la restitución»²²⁰.

Ahora bien, Schröder considera que el delito de receptación «abarca la restitución posible tras una conducta punible, la restitución de relaciones de poder públicas como también las del Derecho privado. Y no solo la restitución en sentido estricto como una reducción al damnificado, sino también la eliminación de la situación posesoria insostenible en vía del decomiso»²²¹.

El autor mantiene una postura basada claramente en las ideas hegelianas, tal como ocurría cuando se consideraba que las conductas de favorecimiento y receptación eran una forma de participación en el delito precedente de otro²²². En efecto, Schröder considera que sus ideas acerca de que el favorecimiento real y la receptación son conductas que obstaculizan la restitución se fundamentan en un interés propio en el restablecimiento del Derecho, a través de la eliminación de las consecuencias del delito, que consiste en no dejar que permanezca el ilícito producido por medio de una acción punible, eliminándolo por medio de la negación de su validez frente al Derecho²²³.

²¹⁸ Así, Horst SCHRÖDER, «Die Rechtsnatur der Begünstigung...», *op. cit.*, p. 71; *id.*, «Begünstigung...», *op. cit.*, pp. 186 y ss.

²¹⁹ Horst SCHRÖDER, «Die Rechtsnatur der Begünstigung...», *op. cit.*, p. 71.

²²⁰ *Ibid.*, p. 70. Cabe aclarar que el autor se refiere al favorecimiento real, pero él considera expresamente que «los fundamentos del favorecimiento real y de la receptación son de hecho los mismos» (p. 71). Por ello, la cita es pertinente para ser aplicada respecto de la receptación.

²²¹ Horst SCHRÖDER, «Die Rechtsnatur der Begünstigung...», *op. cit.*, p. 71. *Vid.* también *id.*, «Begünstigung...», *op. cit.*, p. 187.

²²² En el mismo sentido *vid.* Kurt BUBERT, *Die Hehlerei*, *op. cit.*, p. 47.

²²³ Si bien Schröder se refiere al favorecimiento real, dado que equipara la receptación al anterior, su argumentación es aplicable respecto de ambas conductas. *Vid.* Horst SCHRÖDER, «Die Rechtsnatur der Begünstigung...», *op. cit.*, p. 70.

Básicamente, Schröder entiende que el delito permanece en el mundo hasta que se lo elimina mediante el restablecimiento del Derecho a su estado original y en ello consiste la postura de Hegel acerca de la superación del delito por medio del castigo, como negación de la negación o negación de la vulneración²²⁴. En otras palabras, para Hegel el delito consistía en una lesión al Derecho y ello a su vez era interpretado por él como una negación del Derecho. El castigo a quien cometió ese delito permitía, según Hegel, negar lo negado y, por tanto, confirmar el Derecho²²⁵.

Tal como podrá notarse a lo largo del desarrollo de este punto, los autores que afirman que la receptación es un delito contra la administración de justicia o que lo describen de algún modo similar vacían el concepto de «receptación» y lo transforman en una mera modalidad de favorecimiento real o personal, según el caso concreto. Ello no es, a mi juicio, un acierto, sino una consecuencia (indeseada, por cierto) producto de no lograr describir correctamente el ilícito de la receptación ni el daño que dicho comportamiento provoca y, además, aunque se trata de una consecuencia de lo anterior, de no delimitar adecuadamente las diferentes conductas posdelictuales. Es, a su vez, un efecto de las concepciones más antiguas que permanecen sin ser percibidas en las ideas de algunos autores.

6.2. En España

En España, la postura actualmente dominante considera que la receptación es parcialmente un delito que lesiona la administración de justicia²²⁶. Sin embargo, la cuestión respecto de la naturaleza jurídica del delito de receptación se encuentra muy discutida y ello puede notarse a través de la cantidad de posturas divergentes al respecto. En España, al igual que en Alemania, el delito de receptación se encuentra regulado dentro de los delitos contra el patrimonio —y el orden socioeconómico²²⁷—. Ahora bien,

²²⁴ Así, Georg HEGEL, *Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, pp. 106 y ss.

²²⁵ Sobre la justificación del castigo sobre Hegel *vid. ibid.*, pp. 106 y s., y 109 y ss.

²²⁶ Así, entre otros, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Receptación», *op. cit.*, p. 1066; Gonzalo QUINTERO OLIVARES, «Capítulo XIV. De la receptación...», *op. cit.*, p. 933; Tomás VIVES ANTON, «Capítulo XXVII. Delitos contra la propiedad...», *op. cit.*, p. 416; Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Encubrimiento...*, *op. cit.*, p. 129; Luis RUIZ RODRÍGUEZ, *El delito de encubrimiento*, *op. cit.*, pp. 79 y s.

²²⁷ Una postura muy minoritaria considera que la receptación es un delito que afecta al orden socioeconómico, que no va a ser analizada en este trabajo. *Vid.*, por todos, José Manuel PALMA HERRERA, «Artículo 298», *op. cit.*, pp. 606 y ss. Sin embargo, resulta interesante mencionar que existe una gran discusión, principalmente en España, acerca de si puede hablarse del «orden económico» como un bien jurídico. A favor de esta postura *vid.*, por todos, Eduardo NOVOA MONREAL, «Reflexiones para la determinación y delimitación del delito económico», *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, vol. 35, núm. 1, 1982, p. 65. En contra *vid.*, por todos, Gonzalo RODRÍGUEZ MOU-

dentro del tipo penal de receptación se prohíben algunas formas de favorecimiento real²²⁸.

Cuando se trasladó la receptación a la parte especial en 1950 y se la consideró un delito, se mantuvo la regulación del favorecimiento real y personal en la parte general como formas de participación posterior en un delito ajeno. La incorporación de algunas conductas de favorecimiento real en el delito de receptación tuvo, según mi entender, la intención de tipificar estos comportamientos de forma encubierta, dada la tensa discusión al respecto que existía en la doctrina y entre los legisladores de aquel entonces.

Ahora bien, en el año 1995, como fue analizado anteriormente, se incorporaron en la parte especial del Código Penal los delitos de favorecimiento real y favorecimiento personal en un mismo artículo y se eliminó toda regulación de dichas conductas en la parte general. Sin embargo, el legislador no advirtió la necesidad de reestructurar el tipo penal de receptación en ese momento. La doctrina tampoco lo hizo y hasta el día de la fecha aún no se ha planteado esta problemática. Por el contrario, los autores españoles tratan de adecuar su postura a la legislación vigente, en vez de determinar primero cuál es el ilícito y el daño de cada una de las conductas posejecutivas y, a partir de ello, interpretar y criticar la legislación vigente al respecto.

La tesis que sostengo se advierte en afirmaciones de autores españoles al respecto. Así, por ejemplo, Miguel Díaz y García Conlledo asegura que «no cabe duda de que la receptación dificulta el descubrimiento y persecución de los delitos y las faltas contra el patrimonio o el orden socioeconómico del que proceden los bienes, y, además, las conductas típicas objetivas de la receptación y del encubrimiento, en sus modalidades de favorecimiento real complementario del art. 451.1.º del Código Penal y del favorecimiento real del art. 451.2.º del Código Penal, coinciden en buena medida (...) Por tanto, creo que la administración de justicia se ve afectada por la específica forma de encubrimiento que supone la receptación»²²⁹.

Por su parte, Cándido Conde-Pumpido Ferreiro, quien con mucha fuerza sostuvo la teoría de la perpetuación para explicar el ilícito y el daño de la receptación y, por tanto, la consideraba un delito que afecta el patrimonio, y, además, propugnó con ímpetu la tipificación de este comportamiento (y

RULLO, «Los delitos económicos en el proyecto de Código Penal», *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, vol. 34, núm. 2-3, 1981, pp. 717 y s.

²²⁸ Vid., por todos, Gonzalo QUINTERO OLIVARES, «Capítulo XIV. De la receptación...», *op. cit.*, p. 933.

²²⁹ Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Receptación», *op. cit.*, p. 1066. Hay que aclarar que, si bien el autor se refería a una regulación de los delitos de receptación y favorecimiento que ya no se encuentra vigente, la norma actual no ha cambiado esencialmente respecto de estas cuestiones. Todavía se encuentra legislada una forma de favorecimiento o encubrimiento real en el precepto que prohíbe (por lo menos principalmente) la receptación.

también del favorecimiento real y del favorecimiento personal) como un delito que debía ser regulado en la parte especial del Código Penal, afirmó que la «receptación atenta también de un modo secundario a la administración de justicia por estar conectada con un delito consumado»²³⁰. Esta postura, con argumentos bastante similares, es compartida también por Tomás Vives Antón²³¹, Gonzalo Quintero Olivares²³², Luis Ruiz Rodríguez²³³, José Manuel Palma Herrera²³⁴ y muchos otros.

6.3. En Argentina

En Argentina, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en Alemania y España, como ya se dijo, se encuentran tipificadas las conductas de favorecimiento personal, favorecimiento real y receptación (sin perjuicio de lo que luego se dirá respecto de este último tipo penal) en un único artículo dentro de los delitos contra la administración pública. Estas particularidades se mantienen estables desde la sanción del Código de 1921, aún vigente en Argentina. No permanece invariable, sin embargo, tal como fuera analizado detalladamente *supra*, el contenido de esa disposición legal, la cual ha sufrido numerosas reformas, sobre todo en los últimos años.

La postura dominante en Argentina considera que la receptación está tipificada en el apartado *c*) del inciso 1.º del art. 277 del Código Penal y que todas las conductas allí enumeradas son formas de realizar el delito de receptación²³⁵. Quisiera recordar que dicha norma reza: «Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado (...) *c*) Adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito».

Los autores argentinos consideran en forma bastante homogénea que el bien jurídico protegido por esta prohibición es la administración de justicia y que este consiste en «quitar las cosas obtenidas por el delito que se encubre, de las posibilidades que aquellas autoridades puede tener para localizarlas y recuperarlas (*sic*)»²³⁶. Se refiere a las autoridades que se encargan de la investigación, la persecución y el castigo de los delitos y sus intervinientes.

²³⁰ Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Encubrimiento...*, *op. cit.*, p. 129.

²³¹ Así, Tomás VIVES ANTÓN, «Capítulo XXVII. Delitos contra la propiedad...», *op. cit.*, p. 416.

²³² Así, Gonzalo QUINTERO OLIVARES, «Capítulo XIV. De la receptación...», *op. cit.*, p. 933.

²³³ Así, Luis RUIZ RODRÍGUEZ, *El delito de encubrimiento*, *op. cit.*, pp. 79 y s.

²³⁴ Así, José Manuel PALMA HERRERA, «Artículo 298», *op. cit.*, p. 605.

²³⁵ *Vid.*, entre otros, Carlos CREUS y Jorge BUOMPADRE, *Derecho penal...*, *op. cit.*, t. 2, pp. 379 y ss.; Jorge BUOMPADRE, *Derecho penal...*, *op. cit.*, t. 3, pp. 464 y ss.; Edgardo DONNA, *Derecho penal...*, *op. cit.*, t. III, 2.ª ed., pp. 544 y ss.; Alberto MILLÁN, *El delito de encubrimiento*, *op. cit.*, pp. 33 y ss., 39 y 153 y s.

²³⁶ Carlos CREUS, *Derecho penal...*, *op. cit.*, t. 2, p. 345. Esta idea se repite textualmente en Carlos CREUS y Jorge BUOMPADRE, *Derecho penal...*, *op. cit.*, t. 2, p. 379.

El tipo penal básico de lo que en Argentina se denomina «receptación» no exige, por lo menos de manera expresa, que dichas conductas hayan sido realizadas con fines de lucro. Por el contrario, la presencia de fines de lucro agrava los tipos penales prescritos en el art. 277 del Código Penal, esto es, el favorecimiento real, el favorecimiento personal, la omisión de denuncia e, incluso, el que allí se considera que describe a la receptación²³⁷.

En conclusión, para la postura argentina mayoritaria el delito tipificado en el apartado c) del inciso 1.º del art. 277 del Código Penal, al que denomina «receptación», consiste en adquirir, recibir u ocultar dinero, cosas o bienes provenientes de un delito, sin fines de lucro, poniendo en peligro, por lo menos abstracto, el correcto funcionamiento de la administración de la justicia en su función específica de localizar y recuperar las cosas que fueron objeto de un delito previo.

Ahora bien, lo que en Argentina la doctrina entiende por «receptación» constituye, a mi juicio, una forma de *favorecimiento*. Para ser más clara, considero correcta la interpretación que la doctrina argentina dominante lleva a cabo del apartado c) del inciso 1.º del art. 277 del Código Penal. Lo que encuentro incorrecto es que a ello se lo denomine «receptación» y que se lo confunda con lo que en el Derecho comparado normalmente se conoce como tal. Por ello, a continuación voy a utilizar la palabra *receptación* entre comillas para denominar el tipo penal descrito en la mencionada norma, dado que, como ya dije, así lo llaman los autores argentinos. Mientras que prescindiré de las comillas cuando me refiera a lo que habitualmente se entiende por receptación en la legislación, jurisprudencia y doctrina aquí analizada del ámbito europeo-continental.

Autores argentinos más antiguos como, por ejemplo, Ricardo Núñez²³⁸ y Sebastián Soler²³⁹, sostenían algo similar a lo que planteé en el párrafo ante-

²³⁷ Recuérdese que el inciso 3.º del art. 277 del Código Penal reza: «3. La escala penal será aumentada al doble de su mínimo y máximo, cuando (...) b) El autor actuare con ánimo de lucro».

²³⁸ Vid. Ricardo NÚÑEZ, *Manual de Derecho penal...*, op. cit., p. 458. Este autor explica el delito de receptación conforme al texto legal posterior a la última dictadura militar argentina, el cual rezaba: «Artículo 277. El que, sin promesa anterior al delito, cometiere después de su ejecución alguno de los siguientes hechos: 3) Guardar, esconder, vender o recibir en prenda o en cambio los efectos sus- traídos». Si bien la ley no exige expresamente fin de lucro y Núñez no se manifiesta en ningún sentido al respecto, podría pensarse que el verbo típico «vender» es una conducta que incluye este requisito.

²³⁹ Cabe aclarar que Soler muere en el año 1980, es decir, durante la dictadura militar. Por ello, al interpretar el delito de receptación lo hace con base en un tipo diseñado por él. En efecto, en la Ley de facto núm. 21.338 de 1976, que modificó el Código Penal argentino, los comportamientos de encubrimiento y receptación estaban regulados en diferentes artículos. La base de esa reforma fue el denominado «Proyecto de Soler de 1960». Vid. Eugenio ZAFFARONI y Miguel ARNEDO, *Digesto de codificación penal...*, op. cit., t. 7, p. 252. Mediante la Ley 23.077, dictada en 1984 tras el restablecimiento de la democracia en Argentina, se dejó sin efecto el Decreto-ley 21.338, que había modificado el Código Penal argentino en el año 1976, y volvió a estar vigente el texto del Código Penal de 1921. Vid., por todos, Eugenio ZAFFARONI y Miguel ARNEDO, *Digesto de codificación penal...*, op. cit., t. 7, pp. 377 y ss. En consecuencia, las conductas de encubrimiento y receptación volvieron a estar reguladas en un único artículo del Código Penal (el 277), como delitos contra la administración pública.

rior, en tanto consideraban que la receptación, por lo menos conforme a la legislación argentina, era una forma de favorecimiento real. Soler, por ejemplo, afirma que «la receptación es propiamente encubrimiento en cuanto a las acciones que lo constituyen (adquirir, recibir, ocultar o intervenir en esas operaciones) son maneras de favorecimiento real (*sic*)»²⁴⁰. Este autor refuerza dicha idea cuando, al explicar la receptación, sostiene que «la acción debe tender al entorpecimiento de la acción de la autoridad y es por ello que no resulta suficiente la coincidencia de que se realiza una operación lucrativa y la duda de que tal vez la cosa provenga de un delito»²⁴¹.

A mi entender, sin embargo, más allá de estos casos aislados —en los que, no obstante, la fundamentación de esta idea no resulta del todo clara—, en Argentina y en la mayoría de los países de Latinoamérica la doctrina no maneja criterios adecuados ni precisos para diferenciar entre los delitos de receptación y de favorecimiento real, y entre este último y el de favorecimiento personal. Quizá por ello no se ha logrado hasta nuestros días interpretar y regular legislativamente en forma adecuada ninguno de esos delitos, en particular el de receptación²⁴².

Como ya se vio, la tipificación en la parte especial como delitos autónomos, y, por tanto, diferentes del delito anterior, de los comportamientos de favorecimiento real, favorecimiento personal y receptación fue históricamente muy compleja en la mayoría de los países y, además, en sus comienzos fue resistida por la doctrina, que durante mucho tiempo los trató como categorías de la parte general, en concreto como formas de participación en el delito previo²⁴³.

La falta de criterios claros para delimitar y definir correctamente cada uno de esos delitos tiene, entonces, razones históricas que se remontan a varios siglos anteriores; evolución que no ha sido objeto de un estudio detallado en Argentina. Por otra parte, el estudio de los delitos de encubrimiento y el de receptación ha perdido el interés de los autores, que desde hace algunos años se dedican principal o exclusivamente a estudiar el delito de la-

²⁴⁰ Sebastián SOLER, *Derecho penal argentino*, t. V, 4.ª ed., 10.ª reimp., Buenos Aires, Tea, 1992, p. 348.

²⁴¹ Sebastián SOLER, *Derecho penal argentino*, *op. cit.*, t. V, 10.ª reimp., p. 349. Aun así, Soler reconocía que la receptación afectaba —de algún modo— también al patrimonio (*ibid.*).

²⁴² Este problema se vio agravado con la incorporación del delito de lavado de dinero, dado que este, en la mayoría de los casos, suele contener formas de favorecimiento real y de receptación. Solo por mostrar un ejemplo diferente a lo que ocurre en Argentina, en el art. 1.º de la Ley 9.613 de Brasil, ocultar la localización de bienes provenientes de un delito configura el tipo penal de lavado de dinero, el cual prevé una pena de tres a diez años de prisión y no requiere que el autor realice esa conducta para darles apariencia de legalidad. La conducta descrita es una forma de favorecimiento castigada con una pena exageradamente alta.

²⁴³ Sobre estas cuestiones *vid.*, entre otros, Britta WOLFF, *Begünstigung, Strafvereitelung...*, *op. cit.*, pp. 37 y ss.; Georges GHAN, *Die Begünstigung...*, *op. cit.*, pp. 11 y ss.; Xaver GREENER, *Begünstigung und Heblerei...*, *op. cit.*, pp. 45 y ss.; Christian NEUMANN, *Reform...*, *op. cit.*, pp. 51 y ss.

vado de activos²⁴⁴, sin advertir que ello los conduce a interpretar de manera incorrecta también ese delito. En Alemania, por su parte, solo en la última reforma del StGB de 1974 se logró una delimitación correcta entre las conductas en cuestión.

Para la postura argentina dominante, «recibir», en el contexto del art. 277 del Código Penal, significa básicamente «tomar» cosas, bienes o dinero que fueron objeto de un delito anterior, en el cual el que recibe no ha tenido ninguna clase de participación, de otro que lo entrega, envía o da²⁴⁵, para quitarlas de las posibilidades de encontrarlas y recuperarlas de la autoridad encargada de ello²⁴⁶. Por su parte, los autores argentinos consideran que la conducta de «adquirir» sin fin de lucro [como lo exige el apartado c) del inciso 1.º del art. 277 del Código Penal] puede ser realizada a título oneroso²⁴⁷. Ahora bien, una adquisición a título oneroso, pero sin fin de lucro, solo tendrá lugar cuando el que adquiere una cosa, en este caso de origen ilegal, paga el precio de mercado o incluso uno más caro por aquello que adquiere. Ello, sin embargo, además de ser muy excepcional, no configura el supuesto paradigmático de receptación²⁴⁸, sino más bien todo lo contrario.

En general, las personas no cometen delitos patrimoniales si no van a obtener algún beneficio económico por ello. Los que concurren al mercado negro, por ejemplo, lo hacen porque las cosas que allí se venden, como consecuencia de su origen ilícito, cuestan menos, o porque no se les exige algún requisito que les impide o dificulta adquirirlas por vía legal. Entonces, si bien es cierto que adquirir una cosa a cambio de un precio no implica *per se* o en todos los casos un fin de lucro por parte del adquirente, es, no obstante, muy importante recalcar que la gran mayoría de los casos que son normalmente considerados como de receptación por la doctrina europeo-continental están acompañados y se caracterizan por ese fin de lucro.

²⁴⁴ Algunos ejemplos de monografías que se han desarrollado en los últimos años sobre el delito de lavado de dinero en Argentina son los siguientes: Mateo BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Un análisis jurídico-económico*, Madrid, Marcial Pons, 2015; Fernando CORDOBA, *Delito de lavado...*, *op. cit.*; Hernán BLANCO, «Luces y sombras en la nueva ley de lavado de activos», en *Antecedentes Parlamentarios. Ley 26.683. Encubrimiento y lavado de activos de origen ilícito*, núm. 6, 2011, pp. 201-212; Francisco D'ALBORA, *Lavado de dinero*, 2.ª ed., Buenos Aires, Ad Hoc, 2011.

²⁴⁵ Así, entre otros, Alberto MILLÁN, *El delito de encubrimiento*, *op. cit.*, p. 158; Carlos CREUS y Jorge BUOMPADRE, *Derecho penal...*, *op. cit.*, t. 3, p. 379; Edgardo DONNA, *Derecho penal...*, *op. cit.*, t. III, 2.ª ed., p. 549.

²⁴⁶ Sobre esta cuestión *vid.*, Carlos CREUS y Jorge BUOMPADRE, *Derecho penal...*, *op. cit.*, t. 3, p. 379; Edgardo DONNA, *Derecho penal...*, *op. cit.*, t. III, 2.ª ed., p. 553.

²⁴⁷ Así, entre otros, Edgardo DONNA, *Derecho penal...*, *op. cit.*, t. III, 2.ª ed., p. 549; Carlos CREUS y Jorge BUOMPADRE, *Derecho penal...*, *op. cit.*, t. 3, p. 379.

²⁴⁸ El ejemplo paradigmático de receptación consiste en comprar cosas robadas. Los que se dirigen al mercado negro para adquirir cosas provenientes de un delito lo hacen normalmente motivados por el fin de lucro, es decir, porque quieren pagar por lo que adquieren un valor más bajo que el del mercado legal.

De lo dicho se infiere que la postura de los autores argentinos no permite incluir en el tipo penal simple de receptación sus casos paradigmáticos, como, por ejemplo, la compra de algún objeto robado en el mercado negro a un precio más bajo que el fijado por el mercado legal. Según esa interpretación, ello sería ya receptación agravada, lo cual no resulta convincente. Pero incluso —siempre según ese punto de vista dominante en Argentina— ni siquiera podría subsumirse ese comportamiento en el tipo penal de receptación agravada por fin de lucro si, por ejemplo, el que adquiere en el mercado negro una cosa robada a un precio más económico, en el caso concreto y por medio de esa conducta, no ayuda al autor o partícipe del delito anterior a que no sea descubierto por la investigación o no quita esas cosas de la posibilidad de que la autoridad las descubra y recupere. Y es claro, a mi juicio, que es una consecuencia inaceptable que esos casos queden al margen de la ley penal.

En otras palabras, si se considera que la receptación es un delito de encubrimiento propiamente dicho y, por tanto, que vulnera el correcto funcionamiento de la administración de justicia, en todos los casos en los que alguien adquiera o reciba una cosa proveniente de un ilícito cometido por otro, conociendo, dudando o suponiendo tal origen ilegal, para que el delito se configure será necesario que ese hecho, en el caso concreto, haya puesto en peligro al menos el bien jurídico que se quiere proteger por medio de la prohibición de la receptación, es decir (según esta posición), la posibilidad de que esas cosas sean descubiertas o recuperadas por la autoridad judicial o policial.

Otro aspecto interesante a destacar es que el tipo penal en cuestión incluye expresamente el dinero como objeto idóneo de su conducta típica. Como se verá más abajo, si se considera, como debería ocurrir, que el apartado c) del inciso 1.º del art. 277 del Código Penal es una forma de favorecimiento y no de receptación, sería correcto que el dinero proveniente de un delito anterior sea objeto idóneo de *ese* tipo penal. Ahora bien, si se insiste en entender que esa norma prohíbe lo que comúnmente se conoce en la doctrina como receptación, entonces habría que realizar varias aclaraciones respecto a sí, y en su caso en qué situaciones, el dinero puede ser objeto de ese ilícito.

A continuación, voy a analizar críticamente los criterios que, según los autores argentinos, delimitan el favorecimiento personal y el favorecimiento real con el objeto de explicitar la confusión general que existe en la doctrina argentina al interpretar todo el art. 277, inciso 1.º, del Código Penal.

6.3.1. *La delimitación entre el favorecimiento personal y el favorecimiento real*

La doctrina argentina en forma unánime distingue entre favorecimiento personal y favorecimiento real por medio de un criterio que, a mi juicio, es claramente incorrecto. El texto legal argentino no es de gran ayuda para ello, porque ambos delitos se encuentran regulados conjuntamente en un mismo artículo (el 277 del Código Penal), en el que las conductas típicas están enumeradas en varios apartados sin ninguna sistematicidad. Por tanto, el criterio que los delimita y diferencia no puede buscarse en el texto legal. Dicha pauta tiene que cumplir con la función de determinar cuáles de todas las acciones típicas prescritas en el primer inciso del art. 277 del Código Penal son las que conforman cada uno de esos delitos.

Así, los autores argentinos consideran que si la actividad de favorecimiento involucra algún objeto o instrumento proveniente del delito anterior será favorecimiento real, mientras que si ese favorecimiento recae (únicamente) sobre la persona del autor del delito anterior será favorecimiento personal²⁴⁹. Para definir e interpretar el mencionado criterio, la opinión prácticamente unánime en Argentina no tiene en cuenta ni el ilícito material de cada uno de estos delitos ni el daño que provocan o deben provocar sobre el bien jurídico que afectan (esto es, la administración de justicia).

Por tanto, la doctrina argentina entiende que el favorecimiento personal está regulado en los tipos penales prescritos en los apartados *a)* y *d)*, inciso 1.º, art. 277 del Código Penal²⁵⁰, que voy a recordar: «Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro en el que no hubiera participado: *a)* Ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de esta. *d)* No denunciare la perpetración de un delito o no individualizare al autor o partícipe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole».

Por su parte, consideran que el delito de favorecimiento real en Argentina está tipificado en los apartados *b)* y *e)*, inciso 1.º, art. 277 del Código Penal²⁵¹, que también considero necesario recordar aquí: «Será reprimido con

²⁴⁹ Vid., entre otros, Jorge BUOMPADRE, *Derecho penal...*, op. cit., t. 3, p. 461; Edgardo DONNA, *Derecho penal...*, op. cit., t. III, 2.ª ed., p. 535.

²⁵⁰ Así, Jorge BUOMPADRE, *Derecho penal...*, op. cit., t. 3, pp. 457 y ss.; Edgardo DONNA, *Derecho penal...*, op. cit., t. III, 2.ª ed., pp. 528 y ss., pp. 564 y ss.; Carlos CREUS y Jorge BUOMPADRE, *Derecho penal...*, op. cit., t. 3, pp. 372 y ss.

²⁵¹ Vid., entre otros, Jorge BUOMPADRE, *Derecho penal...*, op. cit., t. 3, pp. 460 y ss., y 476 y s.; Edgardo DONNA, *Derecho penal...*, op. cit., t. III, 2.ª ed., pp. 534 y ss., y 568 y s.; Carlos CREUS y Jorge BUOMPADRE, *Derecho penal...*, op. cit., t. 3, pp. 376 y ss.

prisión de seis meses a tres años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro en el que no hubiera participado (...) *b) Ocultare, alterare o hiciere desaparecer los rastros, pruebas o instrumentos del delito, o ayudare al autor o partícipe a ocultarlos, alterarlos o hacerlos desaparecer (...). c) Asegurare o ayudare al autor o partícipe a asegurar el producto o provecho del delito».*

A partir de dicho criterio habría que afirmar que los autores argentinos sostendrían que, por ejemplo, esconder al autor o a algún partícipe de un delito o ayudarlos a escapar de la persecución policial y a evitar que las autoridades judiciales den con su paradero constituyen supuestos de favorecimiento personal, mientras que esconder el arma de un homicida para que este no sea descubierto por la investigación judicial sería un supuesto de favorecimiento real. Del mismo modo, según esa pauta, habría que interpretar, como de hecho se hace, que es un caso de favorecimiento real, por ejemplo, permitir, con posterioridad al delito anterior, que el autor resguarde un televisor robado en un galpón de su propiedad con el único objetivo de que la policía no descubra el hecho o su participación en aquel.

Por tanto, para la doctrina argentina el favorecimiento personal consiste en la ayuda que se dirige o recae en forma directa y única sobre la persona (física) de algún autor o interviniente de un delito precedente, con el objetivo de que este pueda evadir la investigación o la condena en su contra²⁵². Mientras que, por el contrario, se afirma que hay favorecimiento real cuando la ayuda involucra o se dirige a alguna cosa utilizada para cometer el delito, o si el objeto proviene o es el producto de un hecho anterior²⁵³, sin tener en cuenta si esa conducta tiene la finalidad de ayudar a que los autores o partícipes de ese delito previo evadan la investigación o la condena en su contra o si es realizada para ayudarles a asegurar el botín.

Por mi parte, considero que el criterio utilizado por la doctrina argentina no es correcto y que los tres ejemplos anteriores son casos de favorecimiento *personal*, porque en todas esas oportunidades la conducta del favorecedor está dirigida a entorpecer la actividad policial o judicial que se encarga de investigar delitos y castigar a sus intervinientes, sin que sea o deba ser un dato relevante que esa ayuda involucre algún objeto o instrumento proveniente del delito anterior o a la persona física de su autor o partícipe²⁵⁴.

A mi juicio, lo que importa y, por tanto, debe ser tenido en cuenta para delimitar estos comportamientos típicos es su *ilícito material* y el *bien jurí-*

²⁵² Así, por todos, Jorge BUOMPADRE, *Derecho penal...*, *op. cit.*, t. 3, p. 457.

²⁵³ *Ibid.*, p. 461; Edgardo DONNA, *Derecho penal...*, *op. cit.*, t. III, 2.ª ed., pp. 535 y s.

²⁵⁴ Este es el criterio seguido por el StGB alemán y por los autores alemanes, aunque no lo explicitan. *Vid.*, entre otros, NK-ALTENHAIN, «§ 257», nm. 20 y ss., pp. 410 y s.; Karsten ALTENHAIN, «§ 258», NK-StGB, 4.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2013, nm. 19, p. 410 (en adelante NK-ALTENHAIN, «§ 258»).

dico que vulneran. Con esto no me refiero en general a la administración de justicia, sino a la actividad concreta de esa administración que se busca proteger mediante cada una de estas prohibiciones. Entonces, esconder las cosas ilícitamente obtenidas por medio de un delito ajeno y sin haber mediado promesa anterior es una conducta que solo podrá ser correctamente calificada jurídico-penalmente si se atiende —además del tipo objetivo— a la intención del autor de ese hecho y en relación con la naturaleza del hecho²⁵⁵.

El favorecimiento real, según mi criterio, consiste únicamente en la ayuda prestada a los intervinientes de un delito anterior *dirigida a la conservación o el aseguramiento del botín*, es decir, de las cosas obtenidas por medio de la comisión de un delito previo, para que los autores o partícipes del hecho anterior puedan luego aprovecharlas o disfrutarlas²⁵⁶. A través de este comportamiento no se ayuda, pues, a que los intervinientes del delito anterior puedan eludir la investigación y/o el castigo penal. El favorecimiento real es un comportamiento que tiene la finalidad de dificultar u obstaculizar el *decomiso* de las cosas ilícitamente obtenidas y, con ello, la eliminación de los efectos del delito²⁵⁷.

Por tanto, el criterio adecuado para distinguir y delimitar los delitos de favorecimiento real y favorecimiento personal no debe estar fundado en la cuestión de si la conducta de favorecer involucra objetos o instrumentos provenientes del delito anterior (entonces, favorecimiento real), o a las personas de sus autores o partícipes (entonces, favorecimiento personal), sino a qué es lo que se quiere proteger mediante la respectiva prohibición y, por tanto, a *cómo* se afecta a la administración de justicia o qué aspecto de esta resulta afectado.

Entonces, la ayuda prestada por el favorecedor puede estar dirigida, por un lado, a que el favorecido no sea inculcado o condenado por ese hecho, o a frustrar o dificultar la ejecución de una pena ya impuesta a él (favorecimiento personal), o, por el otro (con total prescindencia de si los autores y/o partícipes del delito previo son investigados y condenados por ese hecho), a conservar y proteger el botín, es decir, las cosas ilícitamente adquiridas por medio del delito anterior (favorecimiento real). Este es, en el fondo, el criterio del que se valió el legislador al reformar el StGB en 1974, a partir del cual los delitos de favorecimiento real y favorecimiento personal se encuentran legislados en dos parágrafos diferentes y se denominan respectivamente «aseguramiento de los beneficios del delito» y «obstaculización de la pena».

²⁵⁵ En Alemania, el delito de favorecimiento personal u obstaculización de la pena (*Strafvereitelung*), a diferencia de lo que ocurre respecto al de favorecimiento real, es considerado un delito de resultado. Así, por todos, NK-ALTENHAIN, «§ 258», nm. 19, p. 410.

²⁵⁶ *Vid.*, entre otros, LK-WALTER, «§ 257», nm. 25, p. 493; NK-ALTENHAIN, «§ 257», nm. 2, p. 385.

²⁵⁷ Así NK-ALTENHAIN, «§ 257», nm. 6, p. 387.

Por supuesto que puede ocurrir también que, por medio de un solo y único comportamiento, el favorecedor ayude al autor o al partícipe de un delito previo a evadir la acción de la justicia que tiene por objeto la investigación de delitos y el castigo de sus intervinientes, y, al mismo tiempo, asegure o ayude a asegurar el botín proveniente de ese hecho, en cuyo caso la cuestión deberá ser resuelta por medio de las reglas del concurso de delitos²⁵⁸.

6.3.2. *Una crítica a la tesis argentina*

En Argentina, como se sabe, «adquirir, recibir u ocultar dinero, cosas o efectos provenientes de un delito» sin fin de lucro configura el tipo penal prescrito en el supuesto c), inciso 1.º, art. 277 del Código Penal, considerado en forma casi unánime por la doctrina como un delito contra la administración de justicia, al que denomina «receptación»²⁵⁹. Si esa conducta fuere realizada con fin de lucro, el autor merecerá una pena más grave. En efecto, el supuesto b), inciso 3.º, art. 277 del Código Penal reza: «La escala penal será aumentada al doble de su mínimo y máximo cuando (...). El autor actuare con ánimo de lucro». En Argentina, entonces, adquirir, recibir u ocultar dinero, cosas o efectos provenientes de un delito *con fin de lucro* es una forma *agravada* de encubrimiento castigado con pena de prisión de uno a seis años.

A mi modo de ver, sin embargo, el tipo penal simple expuesto en el párrafo anterior no describe lo que usualmente se entiende por receptación, es decir: «comprar, adquirir o recibir con fin de lucro algún objeto proveniente de un delito anterior que afecte el patrimonio ajeno». Recuérdese que una de las conductas descritas por ese tipo penal del Código Penal argentino es la de «ocultar dinero, cosas o efectos provenientes de un delito». Pues bien, es claro que esta en nada se relaciona con un comportamiento de receptación, sea que el ocultamiento se realice con o sin fin de lucro. Porque ocultar es esconder, no recibir. Y como ocultar o esconder es precisamente lo que se hace a través de las conductas de *favorecimiento* (sea real o personal), resulta mucho más adecuado, incluso a la letra de la ley, concluir que con *esa* acción típica se está haciendo referencia a una hipótesis de favorecimiento, no de receptación.

Diferente, en principio, sería la posibilidad interpretativa que surge a partir de las otras dos conductas descritas en ese mismo tipo penal, a saber: «recibir o *adquirir* dinero, cosas o efectos provenientes de un delito». Porque

²⁵⁸ *Ibid.*, nm. 43, p. 401.

²⁵⁹ *Vid.*, entre otros, Carlos CREUS y Jorge BUOMPADRE, *Derecho penal...*, op. cit., t. 2, pp. 379 y ss.; Jorge BUOMPADRE, *Derecho penal...*, op. cit., t. 3, pp. 464 y ss.; Edgardo DONNA, *Derecho penal...*, op. cit., t. III, 2.ª ed., pp. 544 y ss.; Alberto MILLÁN, *El delito de encubrimiento*, op. cit., pp. 33 y ss., 39 y 153 y s.; Carlos CREUS, *Derecho penal...*, op. cit., t. 2, p. 345.

los verbos «recibir» y «adquirir» sí se relacionan, con toda obviedad, con lo que se pretende prohibir mediante un tipo penal de receptación. Ahora bien, ¿es suficiente la presencia de esos verbos para que pueda decirse que estos describen un comportamiento de receptación? A mi juicio no, porque también el delito de favorecimiento, real o personal, puede llevarse a cabo recibiendo o adquiriendo. Y en una legislación como la argentina, en la que varios delitos de conexión (o que se caracterizan por ser conductas postdelictuales típicas) aparecen legislados en un único precepto, el principal desafío interpretativo consiste justamente en distinguir entre sus dos formas principales: el favorecimiento y la receptación.

¿Qué distingue entonces en forma definitiva la receptación del favorecimiento, teniéndose ya claro que esa distinción no puede ser aportada en forma suficiente por la presencia de los verbos «recibir» y «adquirir»? Esto es precisamente lo que voy a responder en el capítulo siguiente de este trabajo. Por ello, por ahora me voy a limitar a adelantar que tanto el fin de lucro como el hecho de que lo que es objeto de receptación sea una cosa que proviene de un ilícito previo contra el patrimonio son elementos esenciales para poder efectuar esa distinción. Ninguno de esos elementos aparece, sin embargo, en el tipo penal simple que vengo analizando, por lo que no parece correcto sostener que allí el legislador argentino ha prohibido lo que en el Derecho comparado (y en el lenguaje cotidiano) se entiende por receptación.

Lejos de ello, si a la ausencia de tales elementos típicos se suma la peculiaridad de que, en la legislación argentina, el tipo penal que aquí vengo analizando está incluido entre los delitos contra la administración pública, y en particular contra la administración de justicia, entonces, parece mucho más atinada la tesis de que también ese tipo penal simple describe un supuesto de favorecimiento (que vulnera precisamente la administración de justicia) y no de receptación, el cual, como se analizará en adelante, debería ser considerado y legislado como un delito contra el mercado formal. Cabe recordar, en tal sentido, que la muy prestigiosa doctrina argentina más antigua consideraba la receptación como una forma de favorecimiento real, si bien con otra fundamentación y con base en un texto legal diferente²⁶⁰.

Ahora bien, al menos uno de esos elementos, el fin de lucro, sí aparece en el tipo penal que agrava la figura anterior, concretamente en el supuesto b), inciso 3.º, art. 277 del Código Penal. ¿Podría sostenerse, entonces, que el delito de receptación simple, no descrito en ninguna otra parte del Código Penal argentino, está regulado en esta agravante del tipo analizado más arriba? Ya la sola formulación de la pregunta invita a una respuesta negativa. Porque sería de por sí legislativamente muy extraño que un tipo penal sim-

²⁶⁰ Así, Ricardo NUÑEZ, *Manual de Derecho penal...*, op. cit., p. 458; Sebastián SOLER, *Derecho penal argentino*, op. cit., t. V, 4.ª ed., 10.ª reimp., p. 348.

ple (necesario para que se lo pueda agravar) esté regulado en una agravante. Y a ello habría que agregar que el legislador ha previsto también este último tipo penal entre los delitos contra la administración de justicia, por lo que resulta mucho más atinado sostener que, con este, por la presencia de fin de lucro se agrava una conducta de favorecimiento, la cual ciertamente se tornaría más grave si tuviera una finalidad lucrativa. De ahí que una agravación de la pena por este motivo sería incluso plausible desde un punto de vista político-criminal.

Por último, habría que agregar que, si se entendiera que la receptación simple está legislada en este tipo agravado, la pena que le correspondería sería demasiado elevada y, por tanto, desproporcionada para castigar el delito básico de receptación. Otro fuerte indicio, en fin, de que en el Código Penal argentino, en verdad, no se ha legislado un delito de receptación.

6.4. Conclusión

Aquí voy a rechazar que la receptación pueda ser un delito contra la administración de justicia o el poder punitivo estatal. En este sentido, Siegfried Damrau sostiene que todas esas teorías «desconocen que el Estado no posee ningún interés inmediato en la compensación procesal o material del delito y que el castigo concreto del autor del delito anterior en el caso concreto no necesita ejercer ningún tipo de influencia en el del encubridor»²⁶¹. Estas posturas consideran que la receptación impide la extinción del delito anterior ajeno y de ahí pretenden derivar su punibilidad²⁶². Tal como se advierte, la idea hegeliana de delito, que domina la idea que aquí rechazo, no es la que receptan los Códigos Penales actuales y, por tanto, no permite una descripción adecuada del ilícito ni del daño de la receptación.

En general, los autores que sostienen que el bien jurídico protegido por medio de la prohibición de la receptación es la administración de justicia confunden el ilícito de la receptación con el del favorecimiento y vacían completamente el contenido del primero. Ello muchas veces se ve empeorado por la mala técnica legislativa. En efecto, como se vio tanto en España como en Argentina, aunque con muchas diferencias, el legislador o bien incluyó dentro del delito de receptación formas claras de favorecimiento real (en España) o bien lo que la doctrina denomina «receptación» no son más que conductas de favorecimiento (en Argentina).

²⁶¹ Siegfried DAMRAU, *Heblerei und Vortat*, op. cit., p. 5.

²⁶² *Ibid.*

7. CONCLUSIÓN

De todo lo hasta ahora analizado puede afirmarse que se encuentra muy arraigada la idea, y no solo en los autores, legisladores y jueces, sino también en la sociedad en general, de que la receptación es un comportamiento ilícito y dañino y que, por tanto, debe ser prohibida y castigada. Sin embargo, esa sola idea o creencia no basta para que el Estado se encuentre legitimado para prohibirla y castigarla. En efecto, esa intuición requiere de una correcta justificación que la avale y ello es, precisamente, lo que las teorías que se desarrollaron hasta ahora al respecto, a mi juicio, no consiguieron hacer.

A lo largo de esta detallada exposición crítica he intentado demostrar que las teorías más importantes que se desarrollaron en Alemania, España y Argentina para describir el bien jurídico que vulnera la receptación no han logrado explicarlo ni delimitarlo en forma plausible y, consecuentemente, no han brindado una justificación para poder concluir que el Estado está legitimado para prohibirla jurídico-penalmente. Mucho menos han podido describir el ilícito material que dicho comportamiento provoca.

Con ello no quiero decir que la conducta de receptación no sea moralmente incorrecta, que no causa un daño ni que deba estar permitida. Por el contrario, mi intención fue tan solo mostrar que las posturas sostenidas y desarrolladas hasta ahora no han sido capaces de describir ninguno de los dos aspectos, necesarios (aunque no suficientes) para que el Estado esté legitimado para criminalizar un comportamiento²⁶³. En lo que sigue voy a describir y delimitar el daño que causa la receptación y a desarrollar mi posición acerca de su ilícito material o incorrección moral. En una etapa final, a partir de ese daño y de ese ilícito voy a inferir algunos elementos que deberían estar presentes en un tipo penal de receptación correctamente legislado y extraeré otras consecuencias importantes.

²⁶³ En la segunda parte de este trabajo serán tratadas también las cuestiones que giran en torno a por qué (y si) es necesario, para afirmar que el Estado se encuentra legitimado a criminalizar un determinado comportamiento, que dicha conducta, además de causar un daño, sea moralmente incorrecta.

UNIDAD 4

DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE

Competencias

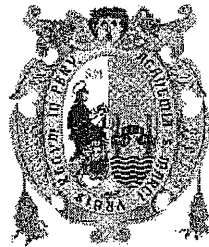
- Analizar el estado actual del delito de minería ilegal en la legislación peruana y su impacto en el medio ambiente.

PRIMERA LECTURA

Sáenz Torres, A. (2014). El delito de minería ilegal. En Revista de Derecho y Ciencia Política (Vol. 71) N^a 1, pp. 261-288.

Se hace un análisis de los principales aspectos que se han regulado a lo largo de este proceso de reformas vinculadas específicamente al art. 307-A y 307-B del CP. Aquellos elementos propios que conforma el delito de minería ilegal en su modalidad básica así como la sanción de todas aquellas actividades que por medio de la minería ilegal se afecta al medio ambiente.

**REVISTA
DE
DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**



ÓRGANO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA DE
LA UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

DECANO

Dr. CHEDORLAOMER RUBÉN GONZÁLES ESPINOZA

DIRECTORA

Dra. CARMEN MEZA INGAR

COMITÉ DE REDACCIÓN

Dr. Medardo Nizama Valladolid

Dr. Oscar Leyton Zárate

Dr. Augusto Hernández Campos

Dra. Clotilde Cristina Vigil Curo

Dr. Santiago Osorio Arrascue

Vol. 71 (Nº 1) Año 2014

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
FUNDADA EN 1936

Vol. 71 (Nº 1) Año 2014

FUNDADORES

Drs. Pedro M. Oliveira, Decano (+1958), Alberto Ulloa Sotomayor (+1975),
Angel Gustavo Cornejo (+1943), Juan Bautista de Lavallo (+1970), Jorge Basadre (+1980) y
Manuel G. Abastos (+1983)

Directora

Dra. Carmen Meza Ingar

Comité Directivo

Dr. Medardo Nizama Valladolid
Dr. Óscar Leyton Zárate
Dr. Augusto Hernández Campos
Dra. Clotilde Cristina Vigil Curo
Dr. Santiago Osorio Arrascue

Diseño y Diagramación

Jorge Fernando Gómez Bautista

La RDCP está abierta a los especialistas nacionales y extranjeros que se ocupan de temas afines a las Ciencias Jurídicas y Sociales. Invita a colaborar de distintas formas ya sea enviando un artículo, una nota de investigación, informes sobre la actualidad científica, documentos, comentarios de jurisprudencia o recensiones de libros. Los textos que se publican son de exclusiva responsabilidad de sus autores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido citando la fuente.

Correspondencia y Canje:
UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
Ciudad Universitaria, Pabellón de Derecho
Av. Venezuela, cuadra 34
Apartado 524
Lima 1 - Perú
Telfs : 452-0279 Telefax: 452-0550

El delito de minería ilegal

Ponencia inédita en Homenaje al Maestro y Amigo
ALEJANDRO SOLÍS ESPINOZA

Alexei Sáenz Torres*

Docente de la Facultad de Derecho de la UNMSM.

SUMARIO: *Introducción. 1.- Los delitos que sancionan las actividades provenientes de la minería ilegal. Tipo base del delito doloso de minería ilegal (art. 307-A, primer párrafo). 2.- Bien jurídico. 2.1. Medio ambiente. 2.2. Salud ambiental. 2.3. Calidad ambiental. 2.4. Componentes del medio ambiente. 3.- Sujetos. 3.1. Sujeto activo. 3.2. Sujeto pasivo. 4.- El objeto material. 4.1. Minerales metálicos. 4.2. Minerales no metálicos. 5.- La conducta prohibida. 5.1. Ciclo minero. 5.2. Resultado probabilístico o material. 6.- Elementos normativos. 6.1. Ausencia de autorización administrativa. 6.2. Dolo. 7.- Tipo base del delito culposo de minería ilegal (art. 307-A, segundo párrafo). 7.1. Culpa. 8.- Circunstancias agravantes específicas del delito de minería ilegal (307-B). 8.1. Zonas no permitidas para el desarrollo de la actividad minera (307-B, núm. 1). 8.2. En áreas naturales protegidas, o en tierras de comunidades nativas, campesinas o indígenas (307-B, núm. 2). 8.3. Utilizan dragas, artefactos y otros instrumentos similares (307-B, núm. 3). 8.4. Si el agente emplea instrumentos u objetos capaces de poner en peligro la vida, la salud o el patrimonio de las personas (art. 307-B, num. 4). 8.5. Si se afecta sistemas de irrigación o agua destinados al consumo humano (art. 307-B, num. 5). 8.6. Si el agente se aprovecha de su condición de funcionario o servidor público (art. 307-B, num. 6). Si el agente emplea para la comisión del delito a menores de edad u otra persona inimputable (art. 307-B, num. 7). 9.- Sanciones penales. 9.1. Penas principales. 9.2. Pena accesoria de inhabilitación (Art. 307-F). 10.- Conclusiones. Referencias.*

* Profesor Asociado de la Cátedra de Derecho Penal General y Especial en la UNMSM. Profesor en el Posgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de la Academia de la Magistratura (AMAG). Profesor Investigador de la UNMSM. Profesor auxiliar contratado de la UNFV y UIGV. Licenciado en Educación con Maestría en Docencia Universitaria. Miembro integrante de la Comisión de Política Criminal (CONAPOC) representando a la universidad pública.

INTRODUCCIÓN

Los homenajes son una característica muchas veces de agradecer y recordar el pasado, sin embargo en esta ocasión se ha cambiado la idea a través de los últimos años en los que el Congreso de Derecho Penal y Criminología organizado por la juventud universitaria esto es por los jóvenes estudiantes de las distintas facultades de Derecho del Perú ha permitido realizar los homenajes en vida, este ha sido el caso de los maestros Luis Eduardo Roy Freyre (Universidad Nacional Faustino Sánchez Carrión año 2010), y en este año 2014, don Alejandro Solís Espinosa (Universidad Nacional Hermilio Valdizán), homenaje que considero justo por los diversos aportes a la criminología, la psicología criminal, la ciencia penitenciaria, la metodología de la investigación y pronto la política criminal, aunque deseo puntualizar la línea de investigación jurídico social y la interdisciplinariedad con la que se debe apreciar el derecho penal o las ciencias penales en su conjunto, por lo que el conocimiento no se debe encasillar solo en la dogmática, sino debe ser más profundo e integral, ojalá este aporte sea seguido por los jóvenes universitarios de hoy y del futuro, gracias por ello Don Alejandro.

Sea propicia la oportunidad de este Congreso para tratar aquí el desarrollo de los principales apuntes a la reciente reforma penal llevada a cabo a través de la entrada en vigencia del D. Leg. N° 1102.

De lo que se trata es de hacer un análisis de los principales aspectos que se han regulado a lo largo de este proceso de reforma vinculados específicamente al art. 307 – A y 307 – B del CP.

Aquellos elementos propios que conforma el delito de minería ilegal en su modalidad básica así como la sanción de todas aquellas actividades que por medio de la minería ilegal se afectan el medio ambiente, por ello se abordarán aspectos tales como el bien jurídico y sus problemáticas, los temas de técnica legislativa como la opción de la ley penal en blanco, los problemas de consumación en torno a los delitos comisivo, de resultado material o de peligro, y la correcta interpretación tanto de los elementos normativos como descriptivos, adicionalmente a ello la problemática de las penas accesorias.

Espero que la presente ponencia pueda ser utilizada como un pequeño aporte para todos aquellos lugares del país en los que se realiza actividad minera, no sólo de carácter ilegal sino también informal y formal, hasta ahora queda en mi mente los recuerdos de la obra literaria Redoble por Rancas de Manuel Scorza por lo cual tengo el ideal de vivir en un medio ambiente sano y no en un medio ambiente de espejismos, donde nosotros vemos el suelo, el agua, el aire y la vegetación, pero no los podemos tocar, ni sentir, ni usar porque corremos el riesgo de dañar nuestra salud, por ello sugiero que el estudio del medio ambiente sea en adelante una de las líneas de investigación que asuman los siguientes Congresos del Conadepc tanto para los futuros alumnos que realicen sus ponencias como para los docentes que participen como conferencistas principales, ya que este es uno de los objetivos de la Universidad Peruana en general para con el país.

1.- LOS DELITOS QUE SANCIONAN LAS ACTIVIDADES PROVENIENTES DE LA MINERÍA ILEGAL

Si se consideran los principios del derecho penal del carácter fragmentario y la subsidiariedad del derecho penal lo único que se sanciona penalmente son algunos aspectos de la minería ilegal, tales como los tipos penales contemplados por la reforma penal mediante el D. Leg. N° 1102, el mismo que reguló por primera vez algunos tipos penales, tales como el tipo base del delito de minería ilegal (art. 307-A), las circunstancias de agravación específicas reguladas en la parte especial (307-B), y algunos aspectos del proceso de la actividad minera, específicamente la actividad minera ilegal, como tipos penales cualificados, tales como el tipo penal de financiamiento de la actividad minera ilegal (307-C), el tipo penal de obstaculización de la fiscalización de la actividad minera (307-D), y el tipo penal que regula el tráfico ilícito de insumos y maquinarias destinadas a la minería ilegal (307-E). Sin embargo, el tratamiento de estos delitos conexos no forman parte de la presente investigación.

**Tipo base del delito doloso de minería ilegal
(art. 307-A, primer párrafo)**

Aspecto objetivo

2.- BIEN JURÍDICO

La teoría del bien jurídico tiene una alta utilidad, de allí que en este trabajo no será la excepción utilizar esta categoría penal, a partir de señalar que se trata de un valor con sus características propias y con la evolución que el objeto contiene, por lo cual no hay bienes jurídicos inmutables, por ello es importante la adaptación a los contextos sociales, de lo contrario se tendrá un derecho penal que llega aún más tarde del que se le critica.

Así pues, es importante señalar que en torno al bien jurídico protegido existen algunas posiciones que a continuación se desarrollan.

2.1. Medio ambiente

Antes de todo se hace necesario señalar que el bien jurídico protegido en este grupo de delitos lo constituye principalmente el medio ambiente, empero conforme a su realización se trata de un delito que también lesiona el orden socio económico, la actividad de recaudación fiscal e incluso la administración pública. De allí que algunos indiquen que se trata de un delito monofensivo, mientras que otros señalan que se trata de un delito complejo o plurifensivo, donde prima el bien jurídico más trascendente para los destinos de la humanidad, esto es el medio ambiente.

Sin embargo, esta mención requiere de algunas precisiones así algunos consideran en torno al medio ambiente dos concepciones, la antropocéntrica y la concéntrica en torno al medio ambiente.

Concepción antropocéntrica

Esta concepción considera que “el medio ambiente no puede protegerse por sí mismo, sino sólo en tanto que condición necesaria para el desarrollo de la vida humana” (Silva Sánchez, p. 1715).

Esta vertiente tiene a su vez dos versiones, una radical y otra moderada. La vertiente radical "considera al medio ambiente sólo como un instrumento de ataque a los bienes jurídicos individuales, sin que en absoluto pueda ser elevado por sí mismo al rango de bien jurídico". En cambio la versión moderada, precisa que "el medio ambiente es un bien jurídico de carácter colectivo que goza de relativa autonomía respecto a bienes jurídicos individuales, pues admite su existencia sólo en la medida que tales bienes sean concebidos como instrumento de protección de los bienes jurídicos individuales" (Sánchez Zapata, p. 10).

Concepción concéntrica

Esta postura considera que el bien jurídico medio ambiente debe tener cierta autonomía en relación a que los tipos penales se refieran a los bienes jurídicos individuales. Así "el bien jurídico estaría conformado por las condiciones naturales que influyen en la tierra, fauna, flora, etc., que para ponerlas en peligro no sería preciso corroborar el peligro de bienes individuales. Esta opción aboga por la consideración del medio ambiente como un bien jurídico de carácter colectivo que presenta autonomía respecto de determinados bienes jurídicos supraindividuales como la vida, salud o la integridad" (Sánchez Zapata, p. 11).

Por ende, la versión radical de la teoría concéntrica considera como bienes jurídicos las "propiedades del suelo, el aire y el agua, así como la fauna y la flora, y de las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga con sus sistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales" (Sánchez Zapata, p. 11). En cambio, la versión moderada de la teoría concéntrica establece que "lo que distingue sustancialmente al medio ambiente de los demás bienes jurídicos colectivos, es que su relación con los bienes individuales no se limita a aquellos de los que son portadores las generaciones actuales sino que trasciende a estas, pues el medio ambiente es condición de la vida de las generaciones futuras, no sólo en el sentido de su subsistencia, sino también en lo que respecta al ejercicio de los bienes jurídicos de esas generaciones" (Sánchez Zapata, p. 12).

De todo esto se puede pensar que la concepción concéntrica resulta ser la postura mayoritaria si se tiene en consideración "el reconocimiento del

medio ambiente como un bien jurídico autónomo, la ampliación del número de figuras delictivas y la inclusión de los elementos bióticos que lo conforman, suponen un reconocimiento de la perspectiva concéntrica y correlativamente, una mejora en la protección del bien jurídico. De este modo, se supera la estulticia jurídica que niega el carácter jurídico-penal del medio ambiente, chocante hoy con la necesidad de incriminar conductas que atentan contra los objetos de protección” (Sánchez Zapata, p. 12).

2.2. Salud ambiental

Por otro lado algunos consideran hacer algunas precisiones al medio ambiente, en este caso son interesantes las ideas de Ordoñez quien señala:

“La protección ambiental y la reducción de los efectos nocivos del ambiente en la salud se han convertido en requisitos inseparables de los esfuerzos para construir un proceso efectivo y sostenido de desarrollo económico y social (...). El campo de la salud ambiental, sin embargo, no se agota en el conocimiento del impacto del ambiente sobre la salud, sino que abarca también el diseño, la organización y la ejecución de acciones tendientes a impedir o a revertir los efectos nocivos del ambiente sobre la salud humana.

El término “salud ambiental” ha sido definido por la OMS como lo que abarca aquellos aspectos de la salud y enfermedad humanas que son determinados por factores ambientales. También se refiere a la teoría y práctica de la evaluación y control de los factores ambientales que pueden afectar la salud.

La salud ambiental comprende aquellos aspectos de la salud humana, incluida la calidad de vida, que son determinados por factores ambientales físicos, químicos, biológicos, sociales y psicosociales.

También se refiere a la teoría y práctica de evaluación, corrección, control y prevención de los factores ambientales que pueden afectar de forma adversa la salud de la presente y futuras generaciones” (Ordóñez, 2000, p. 139).

2.3. Calidad ambiental

Por su parte el legislador ha contemplado algunas referencias a la calidad ambiental, por ello el Ministerio del Ambiente considera:

“Se puede defender el concepto “*calidad ambiental*” como el conjunto de características del ambiente, en función a la disponibilidad y facilidad de acceso a los recursos naturales y a la *ausencia o presencia de agentes nocivos*. Todo esto necesario para el mantenimiento y crecimiento de la calidad de vida de los seres humanos.

Asociados a este concepto, se encuentran los términos “estándar de calidad ambiental” y “límite máximo permisible”, instrumentos de gestión ambiental que buscan regular y proteger la salud pública y la calidad ambiental, permitiéndole a la autoridad ambiental desarrollar acciones de control, seguimiento y fiscalización de los efectos causados por las actividades humanas” (Ministerio del Ambiente del Perú, 2011, p. 3).

2.4. Componentes del medio ambiente

El concepto componentes del medio ambiente tiene una serie de precisiones para los cuales se ha elaborado la tabla 1, y a ella nos remitimos.

TABLA 1		
DETALLES SOBRE LOS COMPONENTES DEL MEDIO AMBIENTE		
COMPONENTE AMBIENTAL	IMPACTO	DETALLES DEL DAÑO
A. El componente biótico	I. Impacto sobre ecosistemas acuáticos lénticos (aguas quietas) y lóticos (fluviales):	a) por aumento de la turbiedad del ecosistema debido al incremento en la concentración de partículas en suspensión, b) por alteración en la calidad fisico-química y microbiológica del agua debido a sustancias químicas, c) por eutroficación de ecosistemas acuáticos; por cambios en la dinámica hidrobiológica (comportamiento del caudal-cantidad de agua); d) por alteración o destrucción de cuerpos de agua por intervención de cauces y alteración de dinámica fluvial; e) por desecación y por disminución de la conectividad ecológica por retiro de coberturas vegetales funcionales (vegetación riparia) (Fierro, 2013, p. 195).
	Impacto sobre ecosistemas terrestres:	a) Contaminación por sustancias químicas, vertimiento directo de residuos líquidos industriales y domésticos, b) por transformación de ecosistemas naturales debido al retiro de coberturas; c) por disminución de la conectividad ecológica consecuente con la eliminación de coberturas vegetales funcionales (Fierro, 2013, p. 195).
	Impacto sobre especies de flora y fauna	a) Por afectación o pérdida de hábitat; b) por alteración de las poblaciones de especies de flora terrestre y acuática asociada a los ecosistemas transformados (contaminados) (Fierro, 2013, p. 195).

B. El componente atmosférico	Impacto por alteración de las condiciones meso y microclimáticas;	Por alteración de la calidad del aire por material particulado; b) por alteración de la calidad del aire c) por emisión de gases y por incremento en los niveles de ruido (Fierro, 2013, p. 196).
C. El componente edáfico (suelos)	Impacto físico	a) Por pérdida de suelos con diferentes niveles de fertilidad (remoción mecánica o sepultamiento); b) por pérdida de suelos (en particular de Andisoles de ladera) a causa de la ocurrencia de procesos de remoción de masa; c) por contaminación con escombros y otros residuos sólidos; d) por compactación de suelos (alteración de la condición de esfuerzos inicial) y por reactivación o generación de procesos morfodinámicos (incluye inestabilidad de taludes) (Fierro, 2013, p. 196).
	Impacto físico-químico	a) Por contaminación por sustancias químicas (combustibles, lubricantes u otras sustancias); b) por vertimiento directo de residuos líquidos industriales y domésticos; c) por generación de lixiviados (Fierro, 2013, p. 196).
	Impacto biológico y ecológico:	a) Por pérdida de biodiversidad edáfica y por pérdida de funciones ecosistémicas del suelo (Fierro, 2013, p. 196).
D. El componente geoesférico	Impactos sobre la interfaz suelo-subsuelo, en razón de la ocurrencia de subsidencia.	
	Impactos sobre el subsuelo:	a) Por contaminación del suelo y subsuelo debido a la disposición inadecuada de residuos sólidos y líquidos, materiales explotados, drenaje ácido de la mina, uso de químicos, combustibles y lubricantes; b) por afectación de estructura del subsuelo; c) por pérdida causada por la remoción del subsuelo; d) por alteración de la capacidad de regulación hídrica del suelo y subsuelo, y e) por alteración o pérdida de la función de soporte físico de ecosistemas o actividades humanas (Fierro, 2013, p. 196).
	Impactos sobre las aguas superficiales:	a) Por alteración de la calidad; b) por alteración de la cantidad; c) por cambio total o parcial en la morfología de cauces, y d) por la desecación o relleno de humedales (Fierro, 2013, p. 196).
	Impactos sobre las aguas subterráneas:	a) Por alteración de la calidad; b) por alteración de la cantidad, y c) por afectación de acuíferos (alteración de la dinámica, afectación de las zonas de recarga y descarga disminución de la capacidad de almacenamiento) (Fierro, 2013, p. 196).

E. El componente económico	Impactos en las actividades agropecuarias por pérdida de la productividad del suelo, cambio del uso del suelo, afectaciones a productividad pecuaria. (Fierro, 2013, p. 197).	
	Impactos en el empleo por generación de empleo calificado y no calificado e incremento de la población económicamente activa (Fierro, 2013, p. 197)..	
	Impactos económicos por pérdida de servicios ambientales (turismo, fuentes hídricas, entre otras) (Fierro, 2013, p. 197).	Desarrollo de actividades comerciales y productivas, por ingreso de regalías e impuestos, por aumento de la demanda local, para no citar sino algunos (Fierro, 2013, p. 197).
F. El componente paisaje	Impactos en la calidad sensorial/perceptual:	a) Por alteración a las condiciones escénicas del paisaje; b) por contaminación visual debido a elementos ajenos o extraños al carácter del lugar, y c) por pérdida de la unidad perceptual a causa de la eliminación de coberturas vegetales (estructuras naturales, corredores o sistemas productivos agroforestales) (Fierro, 2013, p. 197).
G. Los componentes socio culturales y al patrimonio histórico y arqueológico	Impactos paisajísticos:	a) Por deterioro del paisaje cultural: hitos, nodos y condiciones prácticas tradicionales, y b) por pérdida de la atraktividad y deterioro de las condiciones para el turismo (Fierro, 2013, p. 197).
	Impactos al patrimonio arqueológico e histórico	a) Por deterioro de condiciones para la atraktividad y b) por deterioro del patrimonio arqueológico e histórico (Fierro, 2013, p. 197).
H. El componente salud pública	Impactos por contaminación atmosférica	a) Por emisión de polvos en los sitios de extracción o en las vías de circulación de los vehículos transportadores desde las minas; b) por incremento de infecciones respiratorias y enfermedad pulmonar o TBC y otras enfermedades, y c) por contaminación de ríos, cauces y manantiales surtidores de acueductos veredales. En el siguiente capítulo del presente libro se incluye un estado del arte de estudios sobre impactos ambientales y en la salud asociados en la extracción de carbón (Fierro, 2013, p. 197).

I. El componente infraestructura	Impactos por deterioro de las vías de comunicación (calles, carreteras y caminos veredales)	a) Por incremento de accidentes por el flujo de vehículos pesados, vehículos livianos y maquinaria e incremento de tráfico pesado en el ámbito local (Fierro, 2013, p. 199).
---	---	--

3.- SUJETOS

3.1. Sujeto activo

El sujeto activo en estos tipos penales puede ser cualquier persona que goce de la posibilidad de realizar dicha actividad de minería ilegal, lo cual generalmente va a implicar una actividad que requiera de cierto nivel de organización, dados los costos de la inversión y los beneficios que implica, sobretodo de naturaleza económica. Y es en relación a estos requisitos que se señala que el sujeto activo solo pueden ser determinadas personas, es decir se trata de un delito especial propio.

3.2. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo, lo constituye la colectividad, por ende tiene que haber una autoridad que represente los daños que se producen al medio ambiente no solo ante al tema social y político, sino sobre todo a nivel judicial, nos referimos a la Procuraduría del Medio Ambiente, de allí que algunos consideran que el sujeto pasivo es el Estado, por lo cual ello legitima que sea dicha Procuraduría la encargada de defender los recursos naturales cuyo titular es el Estado de conformidad con la Constitución (art. 47).

4.- EL OBJETO MATERIAL

El objeto material lo constituyen los recursos minerales, sean metálicos o no, por ello es necesario tener un cabal conocimiento de dichos recursos. En el caso de los materiales metálicos la ley prevé el oro, la plata, el zinc, cobre, entre otros, en cambio cuando se trata de los materiales no metálicos específicamente se trata de la arena, el carbón de piedra, la piedra caliza, la pirita, etc. (véase la tabla 2).

“Artículo 307-A.- Delito de minería ilegal

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de ocho años y con cien a seiscientos días-multa, el que realice actividad de exploración, extracción, explotación u otros actos similares, de recursos minerales, metálicos o no metálicos (...).”

4.1. Minerales metálicos

Los metales se caracterizan por tener enlaces químicos metálicos, por lo general son sólidos y altamente dúctiles (pueden ser doblados para formar cables o hilos) además, son buenos conductores de calor y electricidad y poseen un brillo particular llamado también brillo metálico.

4.2. Minerales no metálicos

No son buenos conductores del calor y la electricidad (incluso pueden ser usados como aislantes) y aquellos que son sólidos son por lo general frágiles (no son maleables ni dúctiles), son en su mayoría transparentes o de color opaco, además de no contar con brillo propio lo cual los diferencia sustancialmente de los metales (Sociedad Nacional de Minería, 2011, p. 1).

MINERALES METÁLICOS	MINERALES NO METÁLICOS
Aluminio	Arcilla
Hierro	Arena
Manganeso	Baritina
Cromo	Bentonita
Titanio	Cal
Cobre	Granito
Plomo	Yeso
Zinc	Azufre
Estaño	Diamante
Oro	Mica
Mercurio	Sal común
Uranio	Talco

Nota: Aunque nuestro país sea uno de los mayores productores de oro, la minería no se limita a este mineral sino que se diversifica, por ello es necesario tener en cuenta cuáles son exactamente estos minerales porque nos da una visión del alcance del tipo.

5.- LA CONDUCTA PROHIBIDA

5.1. Ciclo minero

“Artículo 307°-A.- Delito de minería ilegal
Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de ocho años y con cien a seiscientos días-multa, el que realice actividad de exploración, extracción, explotación u otros actos similares (...).”

La actividad minera como ya se puso de manifiesto anteriormente es una actividad compleja, y como tal implica diversas fases, tales como la exploración, la extracción, la explotación, el procesamiento, la fundición, el traslado o transporte, y el almacenamiento hacia los consumidores finales, de allí que lo importante es establecer la relación entre esta actividad y su complejidad con los aspectos regulados en la regla penal que ha sancionado el delito de minería ilegal y sus afines.

La modalidad dolosa considera como parte del proceso de explotación minera algunas de las fases que implica dicha actividad, como se acaba de describir, así expresamente se señala la exploración, la extracción, y la explotación, a ello se añade cualquiera de las otras fases, pues el legislador ha utilizado la fórmula amplia o genérica “u otros actos similares”, de todos aquellos recursos minerales, sean estos metálicos o no metálicos, por ende las otras fases tales como el cateo, la prospección, la labor general, los beneficios, la comercialización y el transporte estarán incluidas en esta fórmula genérica.

Lamentablemente recién la regla penal regulada en el art. 307-A, pone fin a los distintos hechos donde la legislación penal no estableció expresamente supuestos para cubrir los sucesos de riesgos que muchas veces se produjo por ejemplo en los transportes de los minerales o de los insumos en la actividad minera, cualquiera que hayan sido sus manifestaciones, desde la gran minería a la pequeña minería.

Un ejemplo de esto es el hecho que aconteció en el caso de San Juan de Choropampa en Cajamarca (Pleno Casatorio Exp. N° 1465-2007-Cajamarca), del cual se extraen los siguientes hechos acontecidos:

“(…) el 02 de junio del año 2000, en circunstancias que el chofer Arturo Blanco Bar, que conducía el camión con placa de rodaje N° YG-9621, marca Volvo, de propiedad de la empresa Ransa Comercial S.A., transportaba mercurio, de propiedad de Minera Yanacocha S.R.L., con destino a la ciudad de Lima, se produjo un primer derrame de dicho metal en el centro poblado de San Juan, dando lugar a que un aproximado de cuarenta pobladores del lugar recogieran el mercurio sin saber los efectos dañinos del mismo. Posteriormente, entre las 5:30 y 5:40 p.m. del mismo día, se produjo un segundo derrame de aproximadamente 152 Kg. de mercurio, en las localidades de Chotén, San Juan, La Calera, el Tingo, San Sebastián y Magdalena, esto en una longitud aproximada de 27 Km de la carretera.

Acota la accionante que por su brillo y forma, e ignorando que se trataba de una sustancia tóxica, los pobladores comenzaron a recoger el mercurio hasta altas horas de la madrugada, empleando para dicha recolección sus manos e incluso su boca como medio de aspiración. Al guardar el mercurio en sus hogares, sus familiares que recogieron el mercurio también se intoxicaron debido a los gases que emanaba éste.

La demandante refiere que Yanacocha no hizo caso a sus peticiones de ayuda médica, quien no contaba con un plan maestro de contingencias, lo que propició un mayor nivel de intoxicación al pretender comprar el mercurio derramado a quien lo hubiera recogido y que existió un nivel deficiente de embalaje, transporte y tratamiento del mercurio por parte de la minera, conforme ha declarado el chofer del camión”.

5.2. Resultado probabilístico o material

*“Artículo 307-A.- Delito de minería ilegal
(...) que realice actividad de exploración, extracción, explotación u otros actos similares, de recursos minerales, metálicos o no metálicos, sin contar con la autorización de la entidad administrativa competente, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental.*

Si bien estos delitos corresponde al grupo de aquellos que sancionan la mera conducta prohibida de realizar actividad minera, sin embargo la regla penal ha establecido la necesidad de recurrir a otros elementos adicionales, en algunos casos innecesarios, que impliquen la sobre exigencia de causar o la probabilidad de causar perjuicio, alteración o daño al medio ambiente.

Al respecto se pueden postular una serie de propuestas técnicas alternas para completar el tipo penal, por un lado se trataría de una exigencia o manifestación de un requisito de procedibilidad, o de una condición objetiva de punibilidad o de un elemento objetivo de tipo.

Empero, lo trascendente es saber cuál era la intencionalidad del legislador, esto es, si este elemento o supuesto, cualquiera que fuere su manifestación o formulación técnica, era necesario o en realidad no, ya que si fuera necesario la permanencia de este supuesto haría difícil el cumplimiento de alcanzar el objetivo de prevención general, tornándose en una sobre exigencia, la misma que se va a ver reflejada con un altísimo estándar de prueba más allá incluso de la que se ha establecido para otros delitos de mayor gravedad en torno a la afectación del bien jurídico considerado (la vida) y a la vez protegido (el medio ambiente, la administración pública).

El resultado penalmente relevante puede ser material o formal, lo cual implica que se cause o se pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente o a sus componentes, o a la calidad ambiental, o la salud ambiental.

Lo problemático del art. 307-A es que el legislador ha equiparado indistintamente el resultado materializado con el resultado probabilístico, lo que constituye un error, ya que se tratan de dos opciones distintas desde el punto de vista de la política criminal, así pues esta equiparación afecta el principio de proporcionalidad abstracta, debido a que una acción penalmente relevante que produzca un resultado material siempre será superior en afectación al bien jurídico al solo resultado probabilístico, en todo caso se debieron diferenciar por un lado el supuesto básico de resultado probabilístico con un monto de pena determinado y por otro un supuesto agravado de resultado material, en consecuencia toda acción penalmente relevante que produzca daños a una determinada empresa esta procede a ordenar que se realice los estudios de costo beneficio con cálculo actuarial o probabilístico, teniéndose dos resultados variables o diferenciados, por ende si el resultado se consolida desde una perspectiva probable la consecuencia sería una, en cambio si se trata de la perspectiva materializada, la consecuencia sería otra, empero la opción del legislador ha sido que da lo mismo dañar el medio ambiente como ponerlo en peligro.

Sin embargo, en la doctrina se suele distinguir entre los delitos de peligro concreto, abstracto o hipotético, al respecto se precisarán algunos de estos aspectos.

“No obstante, si bien la doctrina está de acuerdo en clasificar el delito ecológico como delito de peligro, el problema estriba en su específica catalogación. Existe un debate doctrinal, entre, de un lado, aquéllos que lo clasifican como un delito de peligro abstracto o de peligro hipotético, y, de otro, aquéllos que, como Blanco Lozano, lo consideran un delito de peligro concreto.

Debe indicarse que la clasificación del delito ecológico como delito de peligro concreto, abstracto o hipotético no es una cuestión baladí, puesto que tiene importantes consecuencias en el ámbito de la prueba, atendidos los principios acusatorio y de presunción de inocencia que rigen en el proceso penal. De ser considerado como delito de peligro concreto, la parte acusadora debería probar que el o los acusados pusieron en peligro concreto, con su conducta típica, el equilibrio de un ecosistema o ecosistemas determinados, teniendo también que probar el nexo causal entre la conducta típica y el riesgo concreto causado. En el supuesto sin, embargo, de que fuera reputado delito de peligro abstracto o de peligro hipotético, únicamente sería necesario que la acusación probase la idoneidad de la conducta para poner en peligro, en general, a un ecosistema. (...).

Como puede deducirse fácilmente, la diferencia práctica es sustancial en uno y otro caso. Obsérvese, además, cómo el objeto sobre el que recae la actividad probatoria en el caso del delito ecológico como delito de peligro concreto, es, tanto la conducta típica como el propio y concreto ecosistema o sistema natural afectado por aquélla (su situación de equilibrio anterior y posterior al hecho delictivo, el riesgo creado en el mismo). En cambio, en el supuesto de delito ecológico como delito de peligro abstracto o hipotético, la prueba se centra básicamente y, puede decirse, casi de modo exclusivo en la conducta desarrollada por el sujeto activo. Es decir, y en el ejemplo del vertido, la prueba practicada giraría en torno al volumen y a las características físico-químicas de las sustancias vertidas y su peligro potencial para el medio natural” (Prat, 2000, pp. 30 y 31).

Así pues, se puede realizar la siguiente distinción y a la vez precisión:

Lo primero que se tiene que diferenciar es si en el caso de peligro bajo el supuesto de “*se pueda causar un perjuicio, una alteración o un daño a cualquiera de los aspectos del medio ambiente*” es un caso de peligro concreto.

Lo segundo es diferenciar si en el caso de un delito con resultado material bajo el supuesto de “*se pueda causar un perjuicio, una alteración o un daño a cualquiera de los aspectos del medio ambiente*”, se trata de un delito de lesiones.

También el legislador ha establecido una serie de estándares por los que se mide la lesión o puesta en peligro del medio ambiente, así ha utilizado términos tales como el ambiente o a sus componentes, o a la calidad ambiental, o la salud ambiental, sin embargo el gran problema será diferenciar uno a uno estos componentes.

6.- ELEMENTOS NORMATIVOS

6.1. Ausencia de autorización administrativa

La interpretación que otorgamos a lo que se debe entender por autorización administrativa se relaciona con los requisitos necesarios para la formalización de la actividad minera exigidos por los decretos emitidos durante el año 2012. Es decir, nuevamente nos encontramos ante una norma penal en blanco que no determina en qué casos existe o no autorización administrativa por lo que será necesario remitirnos a la regulación administrativa en lo referente al tema.

*“Artículo 307-A.- Delito de minería ilegal
(...) que realice actividad de exploración, extracción, explotación u otros actos similares, de recursos minerales, metálicos o no metálicos, sin contar con la autorización de la entidad administrativa competente, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental.*”

Aspecto subjetivo

6.2. Dolo

El delito de minería ilegal es doloso, por lo que recurriendo a la teoría el dolo requiere para su configuración tanto del elemento cognitivo como del

elemento volitivo, por ende realizará el delito de minería ilegal todo aquel que con conocimiento y voluntad realice cada una de las actividades mineras descritas en el art. 307-A, siempre y cuando lo realice sin autorización e incluso la lesión o puesta en peligro del ambiente.

7.- TIPO BASE DEL DELITO CULPOSO DE MINERÍA ILEGAL (ART. 307-A, SEGUNDO PÁRRAFO)

7.1. Culpa

El tipo penal base del delito de minería ilegal (art. 307-A), se caracteriza también por tener una modalidad culposa (segundo párrafo). Aunque en realidad por ahora es un tema difícil de imaginar ya que la actividad minera ilegal sancionada es siempre intencional y no culposa, por lo que lo culposo solo se limita al uso excesivo de medios, por ejemplo se debe explotar una parte del cerro, pero por culpa termino dañando todo el cerro, sin embargo la pregunta circunscrita es acaso en la minería ilegal se va a pedir respetar la utilización de medios para materializar la conducta prohibida y los demás elementos del tipo, creo que por ahora esto amerita un estudio más profundo y que requeriría de mayor tiempo para investigarlo.

“Artículo 307-A.- Delito de minería ilegal

(...).

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de tres años o con prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas.

8.- CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES ESPECÍFICAS DEL DELITO DE MINERÍA ILEGAL (307-B)

8.1. Zonas no permitidas para el desarrollo de actividad minera (307-B, numeral 1).

Esta circunstancia agravante específica tiene como criterio de justificación el lugar en el que se realiza la acción penal, por lo cual para ser relevante penalmente el sujeto activo tiene necesariamente que conocer y tener la voluntad de realizar el delito en zonas no permitidas para realizar la activi-

dad minera, por lo que se considera innecesario hacer referencia al término desarrollo de actividad minera.

Artículo 307°-B.- Formas agravadas

La pena será no menor de ocho años ni mayor de diez años y con trescientos a mil días-multa, cuando el delito previsto en el anterior artículo se comete en cualquiera de los siguientes supuestos.

1. En zonas no permitidas para el desarrollo de actividad minera (...).

8.2. En áreas naturales protegidas, o en tierras de comunidades nativas, campesinas o indígenas (307-B, numeral 2).

También en esta circunstancia agravante el criterio de justificación es el lugar en el que se realiza la acción penalmente relevante, aunque a diferencia de la anterior se precisan elementos normativos regulados por la legislación extrapenal, esto es, todas aquellas áreas naturales que gozan de la protección legal, o en las tierras o territorios pertenecientes a las comunidades nativas, campesinas o indígenas. No está demás señalar que la expresión tierra no es solo para referir al territorio, sino en general al suelo, subsuelo, espacio aéreo, aguas y todo lo que implica la protección penal.

Artículo 307°-B.- Formas agravadas

La pena será no menor de ocho años ni mayor de diez años y con trescientos a mil días-multa, cuando el delito previsto en el anterior artículo se comete en cualquiera de los siguientes supuestos.

(...).

2. En áreas naturales protegidas, o en tierras de comunidades nativas, campesinas o indígenas.

8.3. Utilizan dragas, artefactos y otros instrumentos similares (307-B, numeral 3).

El presente supuesto regula una circunstancia agravante que tiene como criterio de justificación la utilización de determinados instrumentos en la realización de la acción penalmente relevante, de allí que el legislador ha especificado la utilización de dragas, de artefactos o cualquier otro tipo de instrumento de similares características.

Artículo 307°-B.- Formas agravadas

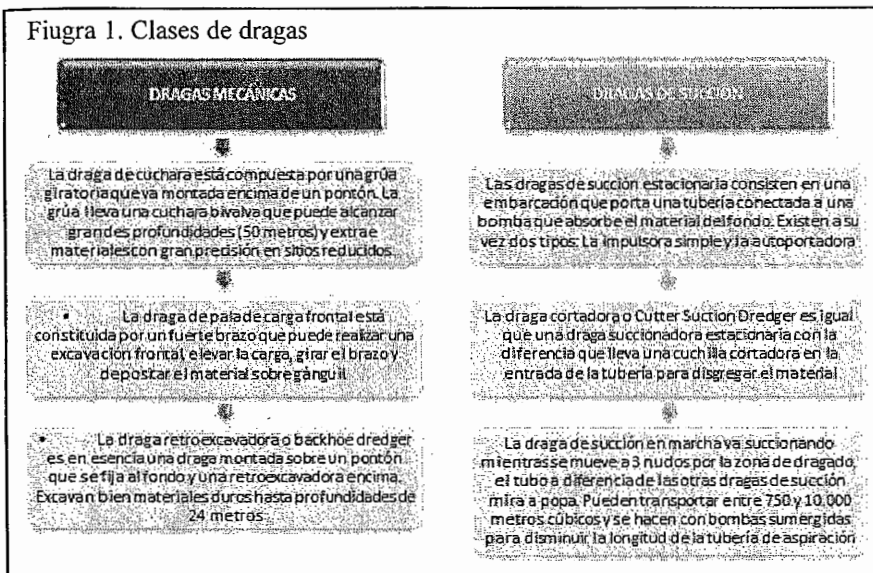
La pena será no menor de ocho años ni mayor de diez años y con trescientos a mil días-multa, cuando el delito previsto en el anterior artículo se comete en cualquiera de los siguientes supuestos.

(...).

3. Utilizando dragas, artefactos u otros instrumentos similares.

La draga ha sido definida por la Real Academia Española como: “Maquina que se emplea para ahondar y limpiar los puertos, ríos, canales, etc., extrayéndolo de ellos fango, piedras, arena, etc.” (Real Academia Española, 2014).

Figura 1. Clases de dragas



8.4. Si el agente emplea instrumentos u objetos capaces de poner en peligro la vida, la salud o el patrimonio de las personas (art. 307-B, numeral 4)

A diferencia de la anterior circunstancia agravante específica, en esta el legislador sanciona el empleo de cualquier medio (instrumento u objeto) capaz de poner en peligro los bienes jurídicos tales como la vida, la salud o el patrimonio de terceros ajenos a la realización del delito. Así se puede citar como ejemplo el empleo de explosivos o sustancias peligrosas (reactivos) que ya de por sí ponen en peligro la propiedad de una persona, esto es inmuebles, muebles (cosas, cultivos, semovientes, etc.).

Artículo 307°-B.- Formas agravadas

La pena será no menor de ocho años ni mayor de diez años y con trescientos a mil días-multa, cuando el delito previsto en el anterior artículo se comete en cualquiera de los siguientes supuestos.

(...).

4. Si el agente emplea instrumentos u objetos capaces de poner en peligro la vida, la salud o el patrimonio de las personas.

8.5. Si se afecta sistemas de irrigación o agua destinados al consumo humano (art. 307-B, numeral 5)

La presente circunstancia agravante específica tiene como criterio de justificación el provocar consecuencias o daños a sistemas de irrigación o agua destinados al consumo humano, de allí que este daño puede comprender incluso consecuencias a título de dolo eventual, y en el supuesto de afectación de pozos de agua, reservorios, cañerías o manantiales, lo que no implica necesariamente que se protejan aguas destinadas al consumo de los animales que poseen los terceros ajenos a la realización del delito.

Artículo 307°-B.- Formas agravadas

La pena será no menor de ocho años ni mayor de diez años y con trescientos a mil días-multa, cuando el delito previsto en el anterior artículo se comete en cualquiera de los siguientes supuestos.

(...).

5. Si se afecta sistemas de irrigación o aguas destinados al consumo humano.

8.6. Si el agente se aprovecha de su condición de funcionario o servidor público (art. 307-B, numeral 6)

Esta circunstancia agravante específica tiene como criterio de justificación la calidad que ostenta el sujeto activo, esto es ser funcionario público o servidor público y el aprovechamiento que realiza este funcionario o servidor de esa condición que posee, cualquiera sea la forma legal en que haya asumido la responsabilidad funciona de conformidad con el art. 425 del CP.

Este supuesto de agravación a su vez puede concurrir perfectamente con cualquiera de los tipos penales señalados para los casos de corrupción de funcionarios, incluso también se puede dar el caso de que esta concurrencia tenga relación con algunos de los supuestos del delito de lavado de activos específicamente cuando de la labor realizada por estos malos funcionarios o servidores públicos pueda exigir por un lado dádivas o cualquier otro medio para la financiación de campañas políticas para alcaldes, regidores, concejales, congresistas e incluso porque no algún presidente o que dichos funcionarios sean contemplativos con este tipo de actividades provenientes de la minería ilegal y que reciban aportes para la financiación de dichas campañas.

También es del caso relevar que esta circunstancia agravante puede dar pie a algunos de los supuestos de criminalidad organizada regulados por la Ley 30077.

Por ende, será materia de una ardua labor el poder formular una teoría del caso en el que estos elementos se planteen bajo la modalidad de criminalidad organizada y no de un mero supuesto de concurso aparente de tipos penales simples o de tipos penales con sus agravantes, esperemos que se la jurisprudencia la que vaya delimitando estos supuestos.

Artículo 307°-B.- Formas agravadas

*La pena será no menor de ocho años ni mayor de diez años y con trescientos a mil días-multa, cuando el delito previsto en el anterior artículo se comete en cualquiera de los siguientes supuestos.
(...).*

6. Si el agente se aprovecha de su condición de funcionario o servidor público.

8.7. Si el agente emplea para la comisión del delito a menores de edad u otra persona inimputable (art. 307-B, numeral 7)

El empleo de menores de edad o personas inimputables en la comisión del delito tiene como criterio de justificación el medio empleado de personas que cumplan determinadas condiciones normativas, por un lado la calificación de menores de edad y por otro lado personas consideradas, previa evaluación, de inimputables. Por cierto, el autor o los coautores tienen que saber que se trata de un menor de edad o de personas inimputables y por eso las emplea para la comisión del delito.

Artículo 307º-B.- Formas agravadas

La pena será no menor de ocho años ni mayor de diez años y con trescientos a mil días-multa, cuando el delito previsto en el anterior artículo se comete en cualquiera de los siguientes supuestos. (...).

7. Si el agente emplea para la comisión del delito a menores de edad u otra persona inimputable.

9.- SANCIONES PENALES

9.1. Penas principales

El legislador ha establecido un sistema de penas cuyas características principales para los artículos 307-A (Delito de minería ilegal), 307-B (Formas agravadas), 307-C, 307-D, 307-E del CP son las siguientes:

1. Se ha utilizado la pena privativa de libertad como la pena principal en común para todos los tipos penales mencionados teniendo como extremo máximo 12 años para dicha pena, esto específicamente para el artículo 307-C referido al delito de financiamiento de la minería ilegal, sin embargo este monto puede incrementarse considerando los supuestos de concursos, habitualidad y reincidencia.
2. En cuanto a la determinación judicial de la pena y de conformidad con lo establecido por la ley N° 30076 corresponde establecer el tercio superior cuando concurren cualquiera de las circunstancias agravantes genéricas reguladas en el artículo 46 del CP.

3. También el legislador ha hecho uso de la técnica de regular más de una pena principal como consecuencia jurídico penal para cada uno de los delitos antes mencionados, así se tiene el delito de minería ilegal regulado en el 307-A, así como sus circunstancias agravantes reguladas en el 307-B, en ambos casos se tiene tanto la pena privativa de libertad como la pena de multa, lo mismo sucede con el delito de financiación del delito de minería ilegal, del delito de insumos químicos y otros regulados en el artículo 307-E tanto en su primer párrafo como en su segundo párrafo.
4. En otros casos el legislador ha hecho uso de la técnica de la pena alternativa, esto se aprecia en el delito de minería ilegal regulado en el artículo 307-A, segundo párrafo, específicamente el tipo base en su modalidad culposa.
5. El extremo mínimo de la pena privativa de libertad regulada para cada uno de los delitos establecidos en los artículos 307-A, 307-B, 307-C, 307-D y 307-E, corresponderá al tercio inferior, tratándose de las penas privativas de la libertad cuando concurren algunas circunstancias de atenuación genéricas reguladas en el artículo 46, numeral 1 del CP.
6. El legislador ha establecido para todos los delitos regulados y mencionados salvo el tipo base culposo tanto el extremo mínimo de la pena privativa de la libertad como el extremo máximo, en cambio para la modalidad culposa sólo ha establecido el extremo máximo siendo necesario recurrir al art. 29 del CP.

9.2. Pena accesoria de inhabilitación (Art. 307-F)

En el caso de las penas accesorias el legislador ha establecido al igual que el ya viejo antecedente del decreto ley N° 25475, que para todo delito de terrorismo corresponde la pena privativa de la libertad y alguna otra, así como para todos los supuestos indefectiblemente les corresponde la pena de inhabilitación.

Asimismo, para los delitos regulados en el D. Leg. N° 1102, corresponde la pena de inhabilitación, pero no como pena principal sino como pena accesoria.

En la doctrina algunos han definido a las penas accesorias como “aquellas que presuponen la imposición de otra principal. No son un simple efecto de la principal, pues requieren una expresa imposición por parte el juzgado o tribunal (...), que no es más que expresión del aspecto de garantía jurisdiccional del principio de legalidad (...). De esta forma, aun cuando la ley en cumplimiento del aspecto garantía penal del principio de legalidad, contemple alguna como accesoria, necesariamente el juez o tribunal tendrá que imponerla expresamente en la sentencia condenatoria. La tendencia moderna es ir las suprimiendo por su carácter negativo para el desarrollo del sujeto o reconvirtiéndolas en penas sustitutivas a la de libertad en ciertos delitos” (Bustos y Hormazabal, 1997, p. 170).

Ahora bien, la pena de inhabilitación regulada por el artículo 307-F es de carácter accesorio pues resulta aplicable a todos los supuestos regulados por los artículos 307-A y 307-B, así como a los demás tipos penales tales como los artículos 307-C, 307-D y 307-E teniendo como efecto la privación de la capacidad de poder obtener concesiones, las mismas que han sido desarrolladas en el punto 1.09, 1.10 y 1.11.

La consecuencia principal para estos delitos mencionados es que la duración de la pena de inhabilitación se corresponda con el período de la pena principal, en este caso de la pena privativa de libertad, incluso cuando exista otra pena principal como la multa.

Ahora, sobre la consideración de la inhabilitación regulada en el art. 307-F el acuerdo plenario N° 2-2008/CJ-116, del 18 de julio del 2008:

“7° La pena de inhabilitación, según su importancia o rango interno, puede ser principal o accesoria (artículo 37° del Código Penal). La inhabilitación cuando es principal se impone de forma independiente sin sujeción a ninguna otra pena, esto es, de manera autónoma aunque puede ser aplicada conjuntamente con una pena privativa de libertad o de multa. En cambio, la inhabilitación accesoria no tiene existencia propia y únicamente se aplica acompañado a una pena principal, generalmente privativa de libertad, es, pues, complementaria y castiga una acción que constituye una violación de los deberes especiales que impone un cargo, profesión, oficio o derecho —se basa en la incompetencia y el abuso de la función— (artículos 39° y 40° del Código Penal)”.

Desde mi perspectiva consideramos que la inhabilitación regulada en el art. 307-F es accesoria por acompañar la pena privativa de libertad para los casos de los artículos 307-A, 307-B, 307-C, 307-D y 307-E.

CONCLUSIONES

1. La reforma penal realizada a través del D. Leg. N° 1102 sólo se ha limitado a establecer tipos penales, en lo que al art. 307-A y 307-B, que individualizan acciones que en algunos casos podían resolverse con las normas penales que regulan los delitos contra el medio ambiente.
2. La tipificación de la conductas realizadas a través de la introducción de los artículos 307-A y 307-B han sobrepoblado de requisitos tales como ley penal en blanco, delitos de resultado material y elementos normativos no siendo un cambio de tendencia en la política criminal, pues un cambio de tendencia hubiese sido apostar por un modelo de prevención a través de los delitos de peligro concreto, pero ello no se ha dado.
3. Otra de las conclusiones resulta en la demora de la regulación de las normas extrapenales que regulan los estándares de contaminación así como la implementación de laboratorios o equipamientos de entidades tales como las universidades de las zonas en las que se producen la contaminación de la actividad minera ilegal, aún esto está en manos de terceros y generalmente bajo el modelo centralista de la criminalística.

REFERENCIAS

LIBROS

- Álvarez, J.; Sotero, V., Brack Egg, A. e Ipenza Peralta, C. (2011). *Minería aurífera en Madre de Dios y contaminación con mercurio. Una bomba de tiempo*. Perú: El Instituto de la Amazonía Peruana - IIAP y el Ministerio del Ambiente.
- Balmaceda Quirós, J. F. (2014). *Delitos conexos y subsiguientes. Un estudio de la subsecuencia delictiva* (Colección Atelier penal). Barcelona, España: Atelier.

- Bustos Ramírez, J. y Hormazabal, H. (1997). *Lecciones de derecho penal* (Colección Estructuras y procesos, vol. 1). España: Editorial Trotta, p. 170.
- Chaparro Ávila, E. (2000). *La llamada pequeña minería: un renovado enfoque empresarial* (Colección Recursos naturales e infraestructura, N° 9). Chile: Cepal.
- Callegari, L. A. (2009). *Lavado de activos*. Perú: Ara editores.
- Capital humano y social. (2010). *La trata de personas en el Perú. Manual para conocer el problema*. Perú: Capital humano y social, Comisión Europea, Embajada del Reino de los Países Bajos.
- Cubas Villanueva, V. (2009). *El nuevo proceso penal peruano*. Perú: Palestra editores.
- Gafisud (2012). *Reunión conjunta de tipologías Gafisud – Egmont*. Ecuador: Gafisud.
- Garay Salamanca, L. G. (2013). *Globalización/glocalización, soberanía y gobernanza. A propósito del cambio climático y el extractivismo minero*. J. V. Saldarriaga, Ó. Alarcón Nuñez y R. Medina Bedoya (Eds.). Minería en Colombia. Fundamentos para superar el modelo extractivista. Madrid, España: Contraloría General de la República.
- Hurtado Pozo, J. (2005). *Manual de derecho penal. Parte general*. (3ª ed.). Perú: Grijley, p. 447.
- Ipenza Peralta, C.A. (2012). *Manual para entender la pequeña minería y la minería artesanal y los decretos legislativos vinculados a la minería ilegal* (2ª ed.). Perú: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.
- Landecho Velasco, C. M. (2004). *Derecho penal español. Parte general* (7ª ed.). España: Tecnos.
- Manual de minería (s.f.). Perú: Estudios mineros del Perú.
- Mapelli Caffarena, B. (2011). *Las consecuencias jurídicas del delito* (5ª ed.). España: Civitas
- Minería. Impactos sociales y ambientales (2004). Uruguay: Movimiento mundial por los bosques tropicales.
- Ministerio del Ambiente del Perú (2011). *Compendio de la Legislación Ambiental Peruana*. Perú: Dirección general de políticas, normas e instrumentos de gestión ambiental del ministerio del ambiente.
- Ministerio del Interior del Perú (2011). *Plan Nacional de acción contra la trata de personas en el Perú*. Perú: MININTER.

- Molina Cabrera, V., Bertrán Martínez, J., Zulueta Blanco, M. E. y Moreno Rodríguez, H. J. (s.f.). *Introducción al conocimiento del medio ambiente* (Suplemento especial). 1-31.
- Mujica, J. (2014). *Elementos comparados del impacto de la trata de personas en la salud de víctimas adolescentes en el contexto de la minería ilegal de oro en Madre de Dios*. Perú: Centro de Prevención y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos PROMSEX.
- Prat García, J. M. (2000). *El delito ecológico*. España: Cedecs Editorial.
- Procuraduría General de la Nación (s.f.). *Minería ilegal en Colombia. Informe preventivo*.
- Real Academia Española (2014). *Diccionario de la lengua española* (23ª ed.) (Tomo I) (Edición por los 300 años). Madrid, España: Espasa.
- Saldarriaga Massa, G. M. (2013). *Trata de personas y tráfico de migrantes: Desafíos para la nueva evangelización*. Perú: Movimiento Pastoral de Movilidad Humana.
- Sánchez Velarde, P. (2009). *El nuevo proceso penal*. Perú: Idemsa.
- Sociedad Nacional de minería, petróleo y energía. (s. f.). Perú: Manual de inversiones mineras.
- Sociedad Nacional de Minería (octubre, 2011). Los minerales no metálicos. Informe quincenal de la Sociedad Nacional de Minería y Petróleo y energía, 66.

ARTÍCULOS

- Andaluz Westreicher, C. (abril, 2012). La minería ilegal /informal en el Perú. *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia*, 46, 3-27.
- Basurto González, D. (Marzo, 2001). *Delitos ambientales*. Centro Interdisciplinario de Investigaciones y Estudios sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Trabajo N° 03, 1-21.
- Da Silva Oliveira, R. (abril-junio, 2012). *Las redes de prostitución y tráfico de mujeres en la Frontera Brasil-Venezuela por las Carreteras BR-174 y Troncal 10*. Espacio Abierto, 21(2), pp. 325-343.
- Escobar Banda, R. (s.f.) *La otra cara del oro: la minería informal e ilegal un problema aún por resolver*. XII Taller de Derecho Ambiental. 1-13.
- Iligaray Koo, E. F. (s.f.). *Proyecto de Delito Ecológico en Chile y el Derecho Comparado*. Recuperado de <http://www.sinia.cl/1292/fo-article-29460.pdf>

- Los minerales no metálicos (octubre, 2011). Informe quincenal de la Sociedad Nacional de Minería y Petróleo y energía, 66, 1-3.
- Morán Herrera, F. (s.f.). Delitos y contravenciones penales ambientales. *Revistas pensamiento penal*. Recuperado de http://www.pensamiento-penal.com.ar/01_022011/dnc06.pdf
- Ordóñez, G. A. (2000). Salud ambiental: conceptos y actividades. *Revista Panam Salud Publica/Pan Am J Public Health* (Informe especial), 7(3), 139.
- Pérez López, J. A. (2012). Lavado de activos y aspectos sustantivos del decreto legislativo N° 1106. *Gaceta penal y procesal penal*, 35, 51-66.
- Robles Mendoza, R. (mayo, 2003). Efectos de la minería moderna en tres regiones del Perú. *Revista de Antropología*, (1)1, 31-70.
- Salas Beteta, C. (2012). El delito de lavado de activos y su dificultad probatoria en el Código Procesal Penal de 2004. Comentarios al Decreto Legislativo N° 1106. *Gaceta Penal y Procesal Penal*, 35, 13-50.
- Toche M., E. y Zeballos M., M. (s.f.). *La minería en contextos de informalización, anotaciones sobre Apurímac*, 133-157.
- Westreicher, C. (abril, 2012). La minería ilegal /informal en el Perú. *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia*, 46, 3-27.

DOCUMENTOS

Estrategia Nacional para la interdicción de la minería ilegal. Publicado el 11 de enero del 2014.

Competencias

- Analizar las principales características de los delitos de peligro común, principalmente los que se dan en el servicio de transporte público.

PRIMERA LECTURA

Daunis Rodríguez, A. (2020). *La graduación de la gravedad de la imprudencia en el tráfico viario*. Daunis Rodríguez, A. La graduación de la imprudencia punible. Navarra, España. Editorial Aranzadi, pp. 89-149.

El mero hecho de que el tráfico viario implique determinados riesgos y peligros conlleva dos consecuencias prácticamente obvias: de una parte, que el usuario de la vía principalmente, el conductor, deba prestar ciertas medidas de cautela o de prevención y, de otro parte, que se produzca una reglamentación destinada a controlar tales riesgos y peligros.

ALBERTO DAUNIS RODRÍGUEZ

LA GRADUACIÓN DE LA IMPRUDENCIA PUNIBLE

THOMSON REUTERS

ARANZADI

Primera edición, 2020



THOMSON REUTERS PROVIEW™ eBOOKS
Incluye versión en digital

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters
Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2020 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Alberto Daunis Rodríguez]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)
ISBN: 978-84-1346-842-6
DL NA 515-2020

Printed in Spain. Impreso en España
Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 – Pamplona

Capítulo IV

La graduación de la gravedad de la imprudencia en el tráfico viario

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LA REFORMA DE LA IMPRUDENCIA GRAVE Y MENOS GRAVE OPERADA POR LA LO 2/2019, DE 1 DE MARZO. 1. *La interpretación auténtica de la imprudencia grave en el tráfico viario: la conducción ética y con velocidad excesiva.* 2. *La interpretación auténtica de la imprudencia menos grave: las infracciones graves a la LSV.* II. EL DEBER DE CUIDADO EN LAS ACCIONES DE TRÁFICO ESPECIALMENTE PELIGROSAS. 1. *Los adelantamientos.* 2. *Excesos de velocidad.* 3. *Conducción bajo los efectos del alcohol, drogas tóxicas o sustancias psicoactivas.* 4. *Semáforos, señales de stop, ceda el paso y preferencia de paso.* 5. *Deficientes condiciones psicofísicas para la conducción.* III. EL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN EL TRÁFICO VIARIO. 1. *Principio de conducción defensiva.* 1.1. *Colectivos vulnerables.* 1.2. *Situaciones peculiares debido a las condiciones de la vía, la visibilidad y/o las circunstancias del tráfico.* IV. LA CONTRIBUCIÓN DE LA VÍCTIMA A LA PRODUCCIÓN DEL RESULTADO. LA CONCURRENCIA DE CULPAS EN EL TRÁFICO VIARIO. V. LA IMPRUDENCIA GRAVE, MENOS GRAVE Y LEVE EN LA PRÁCTICA FORENSE EN EL TRÁFICO VIARIO. 1. *Acciones peligrosas.* 1.1. *Adelantamientos.* A. *Imprudencia grave.* B. *Imprudencia leve.* C. *La imprudencia menos grave.* 1.2. *Excesos de velocidad.* A. *Imprudencia grave.* B. *Imprudencia leve.* C. *Imprudencia menos grave.* 1.3. *Conducción ética, superando las tasas de alcoholemia o bajo influencia del alcohol o drogas tóxicas.* A. *Imprudencia grave.* B. *Imprudencia leve.* C. *Imprudencia menos grave.* 1.4. *Semáforos, señales de stop, ceda el paso y preferencia de paso.* A. *Imprudencia grave.* B. *Imprudencia leve.* C. *Imprudencia menos grave.* 1.5. *Colisiones por alcance y otros despistes en la conducción.* A. *Imprudencia grave.* B. *Imprudencia leve.* 1.6. *Deficientes condiciones psicofísicas para la conducción.* A. *Imprudencia grave.* B. *Imprudencia leve.* 2. *Principio de confianza y principio de conducción defensiva.* 2.1. *Principio de confianza.* 2.2. *Principio de conducción defensiva.* 2.3. *Concurrencia de culpas (degradación de la gravedad de la imprudencia).*

I. CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LA REFORMA DE LA IMPRUDENCIA GRAVE Y MENOS GRAVE OPERADA POR LA LO 2/2019, DE 1 DE MARZO

El tráfico viario es una de las actividades que, resultando inherentemente peligrosa, es aceptada por la sociedad debido a las ventajas o beneficios que reporta para todos los ciudadanos.

El mero hecho de que el tráfico viario implique determinados riesgos y peligros conlleva dos consecuencias prácticamente obvias: de una parte, que el usuario de la vía, principalmente, el conductor, deba prestar ciertas medidas de cautela o de prevención y, de otra parte, que se produzca una reglamentación destinada a controlar tales riesgos y peligros¹.

La mayoría de los países de nuestro entorno prevé un conjunto de normas, medidas y estrategias destinadas a la prevención de los accidentes de tráfico y a la minimización de sus efectos a las que suele denominarse como "seguridad vial".

El núcleo o elemento central de la seguridad vial en nuestro país viene constituido por la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, cuyo texto refundido en vigor se aprobó por el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre. Así, las principales normas primarias o preventivas que vienen a conformar o dotar de contenido al deber objetivo de cuidado en el ámbito penal se recogen en esta ley de seguridad vial (LSV).

Como punto de partida del comportamiento general que debe prestar cualquier usuario de una vía de circulación suele citarse el art. 10 LSV, donde se establecen una serie de medidas preventivas destinadas a evitar la producción de accidentes:

Art. 10 LSV. Usuarios, conductores y titulares de vehículos

1. El usuario de la vía está obligado a comportarse de forma que no entorpezca indebidamente la circulación, ni cause peligro, perjuicios o molestias innecesarias a las personas o daños a los bienes.
2. El conductor debe utilizar el vehículo con la diligencia, precaución y atención necesarias para evitar todo daño, propio o ajeno, cuidando de no

1. Como recuerda la SAP de Bilbao de 31 de mayo de 2001: "El manejo y la conducción de una máquina como es el automóvil requiere de suma atención, destreza y activación de los sentidos y reflejos del ser humano, adaptándolos al momento y tiempo en que se produce ese acto de conducir, puesto que todo conductor saber que si no se tienen en cuenta las características de la vía por la que se circula (llevado igual velocidad en una autopistas que un camino vecinal, en una carretera cuyo trazado se conoce que en una que es la primera vez que se viaja, en un tramo de gran visibilidad o una carretera cuyo trazado se conoce que en una que es la primera vez que se viaja, en un tramo de gran visibilidad o de reducida) las del vehículo que se maneja, el estado de éste... y otra multitud de factores que es preciso valorar en cada ocasión, se está incrementado de forma irresponsable y temeraria el riesgo que, en sí mismo, y sin más, supone el haber activado la propia máquina. Por ello la conducción de vehículos a motor pertenece al grupo de conductas que generan riesgos socialmente aceptados, y sólo cuando la conducción se realiza de forma que la persona concreta se ha apartado de las reglas dictadas para mantenerse dentro de esos márgenes de riesgo, es cuando se convierte en conducta antijurídica, y como en cualquier imprudencia, la gravedad o no estará determinada por la intensidad de la culpa, la de la omisión del deber de cuidado".

poner en peligro, tanto a sí mismo como a los demás ocupantes del vehículo y al resto de usuarios de la vía.

El conductor debe verificar que las placas de matrícula del vehículo no presenten obstáculos que impidan o dificulten su lectura e identificación.

3. El titular y, en su caso, el arrendatario de un vehículo tiene el deber de actuar con la máxima diligencia para evitar los riesgos que conlleva su utilización, mantenerlo en las condiciones legal y reglamentariamente establecidas, someterlo a los reconocimientos e inspecciones que correspondan e impedir que sea conducido por quien nunca haya obtenido el permiso o la licencia de conducción correspondiente.

Como habrá observado el lector, el art. 10 LSV recoge “normas primarias” o “preventivas” que vienen a coincidir prácticamente con los elementos que sirven para determinar cuándo la conducta se encuentra dentro del riesgo permitido: la omisión de acciones peligrosas, la capacidad, información y preparación previa para la realización de una determinada acción o la exigencia de adaptación al contexto, entre otras. En puridad, no se disponen elementos diferentes para concretar el deber objetivo de cuidado a los ya previstos por la teoría de la imputación objetiva a la hora de valorar o analizar el riesgo permitido de un determinado comportamiento. Cuestión distinta es que la positivización administrativa de dichas normas primarias o preventivas pueda aportar cierta concreción o una mayor seguridad jurídica a la hora de determinar la existencia de un comportamiento imprudente.

Junto a estos criterios generales previstos en el art. 10 LSV, son varias las normas de la LSV que vienen a configurar el deber de cuidado. Así, además del citado art. 10 LSV, donde se recogen pautas de carácter general, el art. 21 LSV obliga al conductor no solo a respetar los límites de velocidad, sino también el resto de reglas que, sin estar expresamente previstas por la norma, sean necesarias para cumplir el deber de cuidado que exige la conducción en cada momento:

Art. 21 LSV. Los límites de velocidad

1. El conductor está obligado a respetar los límites de velocidad establecidos y a tener en cuenta, además, sus propias condiciones físicas y psíquicas, las características y el estado de la vía, del vehículo y de su carga, las condiciones meteorológicas, ambientales y de circulación y, en general, cuantas circunstancias concurren en cada momento, a fin de adecuar la velocidad de su vehículo a las mismas, de manera que siempre pueda detenerlo dentro de los límites de su campo de visión y ante cualquier obstáculo que pueda presentarse.

No obstante, los preceptos que más influyen en la configuración del deber cuidado en materia de tráfico viario aparecen recogidos en los arts. 75,

76 y 77, en los que se disponen las infracciones leves, graves y muy graves². De igual forma, también pueden servir como criterios orientativos de la mayor o menor gravedad de la falta de diligencia prestada por el conductor, las sanciones previstas el Anexo II de la LSV³.

2. Entre las infracciones muy graves, recogidas en el art. 77 LSV, destacamos las siguientes: a) No respetar los límites de velocidad reglamentariamente establecidos o circular en un tramo a una velocidad media superior a la reglamentariamente establecida, de acuerdo con lo recogido en el anexo IV. c) Conducir con tasas de alcohol superiores a las que reglamentariamente se establezcan, o con presencia en el organismo de drogas. e) Conducción temeraria. f) Circular en sentido contrario al establecido. g) Participar en competiciones y carreras de vehículos no autorizadas. i) Aumentar en más del 50 por ciento los tiempos de conducción o minorar en más del 50 por ciento los tiempos de descanso establecidos en la legislación sobre transporte terrestre. k) Conducir un vehículo careciendo del permiso o licencia de conducción correspondiente. l) Circular con un vehículo que carezca de la autorización administrativa correspondiente, con una autorización que no sea válida por no cumplir los requisitos exigidos reglamentariamente, o incumpliendo las condiciones de la autorización administrativa que habilita su circulación. ll) Circular con un vehículo que incumpla las condiciones técnicas que afecten gravemente a la seguridad vial. Por su parte, en el art. 75 LSV se recogen las tres infracciones leves previstas que prevé la norma, incluyéndose una cláusula abierta que permite la sanción de más comportamientos que no estén recogidos en los preceptos anteriores: a) Circular en una bicicleta sin hacer uso del alumbrado reglamentario. b) No hacer uso de los elementos y prendas reflectantes por parte de los usuarios de bicicletas. c) Incumplir las normas contenidas en esta ley que no se califiquen expresamente como infracciones graves o muy graves en los artículos siguientes.
3. A continuación se facilita una tabla con las sanciones relativas a la pérdida de puntos:

INFRACCIONES PUNTOS	
1. Conducir con una tasa de alcohol superior a la reglamentariamente establecida:	
Valores mg/l aire espirado, más de 0,50 (profesionales y titulares de permisos de conducción con menos de dos años de antigüedad más de 0,30 mg/l)	6
Valores mg/l aire espirado, superior a 0,25 hasta 0,50 (profesionales y titulares de permisos de conducción con menos de dos años de antigüedad más de 0,15 hasta 0,30 mg/l)	4
2. Conducir con presencia de drogas en el organismo	6
3. Incumplir la obligación de someterse a las pruebas de detección de alcohol o de la presencia de drogas en el organismo	6
4. Conducir de forma temeraria, circular en sentido contrario al establecido o participar en carreras o competiciones no autorizadas	6
5. Conducir vehículos que tengan instalados inhibidores de radares o cinemómetros o cualesquiera otros mecanismos encaminados a interferir en el correcto funcionamiento de los sistemas de vigilancia del tráfico	6
6. El exceso en más del 50 por ciento en los tiempos de conducción o la minoración en más del 50 por ciento en los tiempos de descanso establecidos en la legislación sobre transporte terrestre	6

Precisamente, el PRCP del año 2013 establecía tales infracciones a la LSV como criterios para valorar la gravedad de la imprudencia en los supuestos de homicidio por imprudencia del art. 142 CP: “la gravedad del riesgo no permitido creado y, en particular, si el mismo constituye una infracción grave o muy grave conforme a lo dispuesto en la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial”. No obstante, la versión definitiva de la norma aprobada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, no incorporó ningún criterio legal para diferenciar ambas modalidades de imprudencia.

Finalmente, el legislador del año 2019 vuelve a utilizar la normativa de tráfico para graduar la gravedad de la imprudencia. Aunque, a diferencia de la

INFRACCIONES PUNTOS	
7. La participación o colaboración necesaria de los conductores en la colocación o puesta en funcionamiento de elementos que alteren el normal funcionamiento del uso del tacógrafo o del limitador de velocidad	6
8. Conducir un vehículo con un permiso o licencia de conducción que no le habilite para ello	4
9. Arrojar a la vía o en sus inmediaciones objetos que puedan producir incendios, accidentes de circulación u obstaculizar la libre circulación	4
10. Incumplir las disposiciones legales sobre preferencia de paso, y la obligación de detenerse en la señal de stop, ceda el paso y en los semáforos con luz roja encendida	4
11. Incumplir las disposiciones legales sobre adelantamiento poniendo en peligro o entorpeciendo a quienes circulen en sentido contrario y adelantar en lugares o circunstancias de visibilidad reducida	4
12. Adelantar poniendo en peligro o entorpeciendo a ciclistas	4
13. Efectuar el cambio de sentido incumpliendo las disposiciones recogidas en esta ley y en los términos establecidos reglamentariamente	3
14. Realizar la maniobra de marcha atrás en autopistas y autovías	4
15. No respetar las señales o las órdenes de los agentes de la autoridad encargados de la vigilancia del tráfico	4
16. No mantener la distancia de seguridad con el vehículo que le precede	4
17. Conducir utilizando cualquier tipo de casco de audio o auricular conectado a aparatos receptores o reproductores de sonido u otros dispositivos que disminuyan la atención permanente a la conducción o utilizar manualmente dispositivos de telefonía móvil, navegadores o cualquier otro medio o sistema de comunicación	3
18. No hacer uso del cinturón de seguridad, sistemas de retención infantil, casco y demás elementos de protección	3
19. Conducir un vehículo teniendo suspendida la autorización administrativa para conducir o teniendo prohibido el uso del vehículo que se conduce	4
20. Conducir vehículos utilizando mecanismos de detección de radares o cinemómetros	3

propuesta del año 2013, se dispone una definición, sobre todo para la imprudencia menos grave, más cerrada y tasada.

Como ya se ha advertido en el primer capítulo, el fundamento del castigo por haber cometido un delito imprudente no puede ser, en ningún caso, la mera infracción de una norma administrativa, sino la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penal⁴. En efecto, la asociación entre infracción de reglamento e infracción del deber penal de cuidado presenta múltiples y variadas excepciones. Porque, como advierte PAREDES CASTAÑÓN, no puede configurarse un ilícito penal en función del cumplimiento o no de un mero ilícito administrativo, ya que, se “entraría en contradicción con un principio básico limitador del *ius puniendi* en nuestro sistema penal, como es el principio de ofensividad (en cuanto derivación del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos)”⁵.

1. LA INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA DE LA IMPRUDENCIA GRAVE EN EL TRÁFICO VIARIO: LA CONDUCCIÓN ETÍLICA Y CON VELOCIDAD EXCESIVA

El legislador español pretende dotar de contenido a la imprudencia grave en materia de tráfico de viario a través de los arts. 142.1.º.2 cp y 152.1.º.2 cp, que regulan los homicidios y lesiones imprudentes. Ambas normas establecen que “en todo caso” deberá entenderse como imprudencia grave la conducción cuando alguna de las circunstancias previstas en el artículo 379 determinara la producción del resultado lesivo. Concretamente, se está haciendo referencia a la velocidad excesiva (superior a sesenta kilómetros por hora en vía urbana o a ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente) y a la conducción etílica, superando una tasa de alcohol en aire espirado a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro o bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. Por tanto, la norma hace referencia a cuatro supuestos: conducir superando las tasas de alcohol permitidas, conducir bajo los efectos del alcohol, conducir bajo los efectos de las drogas y conducir a una velocidad excesiva.

La técnica empleada por el legislador reformista genera, de inmediato, el siguiente interrogante: ¿qué ocurre en el resto de supuestos en los que la

4. Ya ANTÓN ONECA (1949), *PG*, al abordar la imprudencia simple con infracción de reglamentos, advertía que la inobservancia de los reglamentos no constituye por sí sola culpa: “el chófer que, sin el oportuno permiso de conducción, pero con aptitud y diligencia probadas, atropella a un transeúnte no incurre en responsabilidad criminal”, p. 223.

5. PAREDES CASTAÑÓN (1994), *El riesgo permitido en el derecho penal*, p. 114.

infracción del deber de cuidado viene determinada por la concurrencia de otra circunstancia no prevista expresamente en la norma: adelantamiento prohibido, circular en sentido contrario, etc.?. Obviamente, parece absurdo limitar la imprudencia grave a cuatro supuestos concretos sino que procederá su apreciación frente a cualquier comportamiento que suponga una infracción grave del deber penal de cuidado. Incluso, también podrá refutarse como grave los casos de conducción con velocidad excesiva o etílica que no superen los límites establecidos pero, atendiendo al hecho concreto, supongan un comportamiento gravemente negligente. A este respecto, resulta especialmente ilustrativa la reciente SAP Pontevedra, sección 5.ª, núm. 223/2019, de 13 de junio, cuando afirma que: “la gradación que hace el propio art. 142 permite establecer que puede haber imprudencia grave no sólo en los casos expresamente establecidos en el segundo párrafo del 142.1, pero también en otros, precisamente por la salvedad que hace el segundo párrafo del art. 142.2 cuando, atendiendo a las normas de tráfico, *no pueda calificarse de grave*. Pensemos por ejemplo en un caso en que la velocidad a que circula es susceptible de ser sancionada administrativamente pero no supera los 60 km/h en zona urbana, y a la vez se conduce con alcohol en aire espirado con un índice superior a 0,26 e inferior a 0,60 mg/l. Sería difícil incardinar esa actuación en las conductas del 379 CP, pero no tanto el calificar la imprudencia como grave, pudiendo recurrir incluso a otras circunstancias relativas a la vía. Hay que concluir por tanto que la producción del accidente con vulneración grave de la normativa de tráfico constituye un supuesto de mínimos pero no de máximos a la hora de calificar la imprudencia como *menos grave*, pues no elimina la posibilidad de calificarla como *grave*”.

Igualmente, surge la duda de si el legislador pretende trasplantar la clasificación de las infracciones muy graves, graves y leves de la ley de seguridad vial al ámbito penal. Es decir, ¿el hecho de identificar la imprudencia menos grave con las infracciones graves a la LSV, significa que la imprudencia grave viene configurada por las infracciones muy graves a la LSV y la imprudencia leve por las infracciones leves a la LSV?

No puede admitirse dicha interpretación, porque nos llevaría a soluciones completamente insostenibles. Como se viene advirtiendo, la norma penal de cuidado no puede venir determinada solamente por el contenido de las normas primarias o preventivas (en este caso relativas a la seguridad vial) sino también por otros elementos, tales como la creación de un riesgo no permitido, la vulneración del principio de confianza o la contribución de la víctima a la producción de la resultado, entre otras. No en vano, se puede infringir una norma administrativa pero no, en cambio, la norma penal de cuidado. Así, a modo de ejemplo, afirmar que cualquier resultado o lesión producidos

por un sujeto que conduce sin la autorización correspondiente debe imputársele al mismo, supone una forma de "versare in re ilícita". Expresado de otra forma, la conducción de un vehículo careciendo de permiso o licencia constituye una infracción muy grave del art. 77.k LSV lo que, siguiendo las interpretaciones anteriores, implicaría calificar como imprudencia grave cualquier lesión u homicidio producidas por su conductor, sin valorar, la cuestión más importante, es decir, si el resultado se produjo efectivamente por la falta de pericia del conductor que no cuenta con los conocimientos necesarios que le habilitan a la conducción⁶.

Volviendo a la reforma del año 2019, estimo que el objetivo del legislador no era otro que advertir o resaltar la idea de contundencia por parte del control social formal estatal ante comportamientos imprudentes al volante causados por el alcohol o la velocidad. No obstante, pienso que se trata de una reforma innecesaria, ya que los tribunales vienen desde hace tiempo considerando tales comportamientos dentro de la órbita de la imprudencia grave. En cambio, la introducción de los términos "en todo caso" puede conllevar alguna distorsión a la hora de aplicar la norma, al no compatibilizarse bien con la teoría de la imputación objetiva del resultado como única fórmula válida para verificar la conexión entre acción imprudente y resultado lesivo, conforme a los criterios dogmáticos que rigen el sistema penal vigente. Sea como fuere, no parece que los tribunales vayan a dejar de pasar por el tamiz de la imputación

6. En este sentido, resulta especialmente ilustrativa la STS núm. 282/2005, de 4 de marzo, al advertir que: "el permiso de conducir, en sus distintas modalidades, es un requisito administrativo necesario para manejar legalmente un vehículo por las vías públicas. Quien lo obtiene debe presumirse que ha demostrado ante los funcionarios competentes una mínima pericia en el manejo del vehículo del que se trate, según las pautas administrativamente establecidas para el examen. Sin embargo, por sí mismo no es demostrativo para todo caso de una absoluta pericia del conductor, como tampoco el hecho de no haberlo obtenido lo es de una absoluta impericia. Es claro que alguien sin permiso de conducir, por las razones que sean, no es necesariamente un conductor sin la pericia suficiente para el manejo de un concreto vehículo o clase de vehículos (...) No puede afirmarse que la conducta de la acusada, en sí misma considerada, integre una maniobra gravemente imprudente (...) Hemos de descartar necesariamente que la maniobra se realizara de forma brusca y repentina, pues así lo ha excluido el jurado al no declarar probado esa concreta proposición del objeto del veredicto. Por lo tanto, la maniobra de cambio de carril, en la forma en que el jurado la ha declarado probada, no supone objetivamente la puesta en peligro de bienes de alto valor como la vida, más allá del riesgo normal en el tráfico, pues con carácter general una conducta de este tipo permite la reacción de los demás usuarios. Y tampoco puede afirmarse que el peligro que, en su caso, generara tal conducta para la vida, tuviera altas probabilidades de convertirse en resultado. Y, finalmente, desde el punto de vista del reproche social al que la conducta se hace acreedora, resulta excesivo calificar como gravemente imprudente la realización de un cambio de carril de circulación en una carretera, vía de servicio, de dos carriles en el mismo sentido, como aquella en la que ocurren los hechos".

objetiva cualquier tipo de resultado lesivo provocado por una acción imprudente, tal y como, en última instancia, exige la propia norma, al prever que tales circunstancias –y no otras– “determinaran la producción del hecho”⁷.

La rigidez que supone interpretar la imprudencia automáticamente y “en todo caso” cuando concurran las circunstancias tasadas expresamente en el tipo penal se pone de manifiesto a la hora de valorar la posible degradación de la imprudencia por la existencia de una concurrencia de culpas. Ante un homicidio o lesiones cometido bajo los efectos del alcohol o por exceso de velocidad, la norma solo permite dos posibilidades: considerar grave la imprudencia o declararla atípica por falta de imputación objetiva, pero impide apreciar la imprudencia menos grave. Por tanto, no tiene ningún tipo de relevancia el comportamiento de la víctima u otro tipo de circunstancias a la hora de degradar la gravedad de la imprudencia, al estar la misma vetada expresamente por la propia norma⁸.

Resulta discutible que se elimine la figura de la concurrencia de culpas en los supuestos citados. Precisamente, se trata uno de los contextos más propicios para la aplicación de la figura, ya que en otros ámbitos –como el laboral o el médico– el deber de cuidado del agente de la conducta suele obligar a contar con posibles comportamientos negligentes de la víctima. La crítica es aún mayor si tenemos en cuenta que la degradación sí es viable en otros supuestos de imprudencia grave en materia de tráfico –v.gr., adelantamientos, giros bruscos, no respetar las señales de circulación–. Una situación claramente discriminatoria que no tiene ningún tipo de fundamento, ya que la infracción del deber de cuidado puede resultar igualmente grave en cualquiera de los casos.

7. Como recuerda DE CASTRO (2019), *LLP*, núm. 138, “esta relación causa-efecto entre dicha circunstancia y el resultado lesivo producido, no estaba en la Proposición de Ley inicial que dio origen a la reforma, que se limitaba a definir la imprudencia grave por la mera concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el, sin exigencia de relación alguna entre estas conductas y el resultado producido. Esta exigencia adicional que ha recogido finalmente el Texto legal aprobado, fue fruto de una loable enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Mixto, a iniciativa de *PDCA*T”. Y es que para el autor citado, “esta conexión conducta del *CP* y resultado lesivo debe entenderse más allá de la simple producción causal-naturalística, como verdadera imputación objetiva del resultado a la conducta causal conforme a los criterios dogmáticos que rigen dicha imputación, para garantizar el respeto de los postulados del principio de culpabilidad que rige nuestro sistema penal. Esto es, deben constatarse tanto la relación que descansa la misma. Particularización objetiva sobre la base de los criterios en que descansa la misma. Particularmente, el relativo a la concreción o manifestación del resultado mortal en el riesgo ilícitamente causado, ya que el primer criterio de la creación del riesgo no permitido parece inherente a la propia concurrencia de cualesquiera de las circunstancias del *CP*”.

8. TAMARIT (2019), *Las reformas penales de 2019*, p. 27.

En definitiva, la actuación del legislador del año 2019 en materia de imprudencia grave no solo es innecesaria sino que también destila una gran torpeza: si se pretendía lanzar un mensaje a la sociedad de contundencia frente a la conducción bajo los efectos del alcohol o con una velocidad excesiva, no era necesario incluir expresamente tales circunstancias en la norma penal, pues dicha respuesta ya se venía realizando por parte de los tribunales. En cambio, puede generarse cierta frustración e incomprensión cuando, debido a la inexistencia de la imputación objetiva del resultado, el juez o tribunal no pueda aplicar la norma penal, incluso en los casos de velocidad excesiva o conducción bajo la influencia del alcohol. En palabras de TRAPERO BARREALES, la nueva definición de la imprudencia grave es: “peligrosa porque será fuente de insatisfacción y de incredulidad por parte de las víctimas. Porque si se envía el mensaje de que velocidad y/o alcohol-drogas es equivalente a la imprudencia grave, la víctima o los perjudicados esperarán que, ante una muerte o unas lesiones causadas por un conductor que incurre en una de estas situaciones se califique de homicidio o lesiones cometidas con imprudencia grave. Si, por el contrario, el juez no llega a esta calificación, porque hace una valoración del suceso desde la teoría jurídica del delito imprudente, en su lugar califica como imprudencia menos grave, leve o, incluso, de caso fortuito, provocará la incomprensión e incredulidad de la víctima o perjudicados, a quienes les resultará difícil de entender que la ley claramente define determinadas conductas como graves y, sin embargo, los tribunales no hagan esta calificación de imprudencia”⁹. Incluso, los efectos perniciosos de la reforma pueden ir más allá, generándose una línea interpretativa que limite o reduzca el ámbito de la imprudencia grave únicamente a aquellos casos en los que efectivamente se superen los límites o tasas fijados por la norma, dejando para el ámbito de la imprudencia menos grave el resto de supuestos, es decir, los excesos de velocidad inferiores a sesenta kilómetros por hora en vía urbana o a ochenta kilómetros por hora en vía interurbana o la conducción etílica que no llega al alcanzar una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro¹⁰.

9. TRAPERO BARREALES (2019), Comentario urgente sobre la reforma penal vial y otros aspectos controvertidos, *RECPC*, núm. 21, p. 18.
10. Especialmente crítica en este sentido, se muestra PANTALEÓN (2019), *RdPP*, n.º 55, para quien la nueva regulación conlleva el riesgo de que los tribunales lleguen a “reservar la imprudencia grave para los supuestos de concurrencia adicional de un delito de peligro contra la seguridad vial, calificando sistemáticamente el comportamiento como imprudencia leve (ahora, menos grave) en el resto de supuestos y tramitándolos, así, por la vía del juicio de faltas (ahora, juicio sobre delitos leves); o acordando el archivo, de no mediar denuncia por parte de la víctima”, p. 181.

2. LA INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA DE LA IMPRUDENCIA MENOS GRAVE: LAS INFRACCIONES GRAVES A LA LSV

La estrategia del legislador para dotar de contenido a la imprudencia menos grave suscita, aún, mayores críticas y problemas. Porque, la definición de la imprudencia grave queda más abierta, al recoger el legislador únicamente dos supuestos en los que se obliga a aplicar “en todo caso” esta modalidad de imprudencia, pero no cierra la posibilidad a que cualquier otra circunstancia infrinja gravemente al deber de cuidado. En cambio, para definir la imprudencia menos grave, las causas se reducen o constriñen a las infracciones graves de la ley de seguridad vial.

No puede obviarse que la norma usa los términos “siempre que el hecho”, en lugar de la locución “en todo caso”. Pues bien, una interpretación auténtica de la norma lleva necesariamente a excluir de la imprudencia menos grave no solo las infracciones leves a la LSV sino también las muy graves, ya que, una solución diferente podría incurrir en una clara interpretación contra reo. En este sentido se expresa RODRÍGUEZ LAINZ cuando afirma que: “no habiendo, por tanto, un título de imputación que, sin ser considerable como imprudencia grave, no tuviera un encaje en las lista del art. 76 o en los supuestos de infracción muy grave del art. 77, no cabría otra opción que la de considerar el supuesto extramuros del derecho penal. La solución ofrecida por el legislador, aun ganando sin duda en seguridad jurídica, ha cometido el craso error de dejar fuera del ámbito de lo punible infracciones de normas de seguridad vial que sin duda se harían merecedoras de la consideración de imprudencia menos grave. Ni siquiera, considero, podríamos acudir a la solución de encuadrar el supuesto en el ámbito propio de la imprudencia punible en sentido general, como si de una renuncia de la posibilidad de poder optar a la pena de privación del derecho conducir vehículos a motor o ciclomotores se tratara. Esta definición de la imprudencia en tráfico convierte a esta modalidad en una especialidad frente al resto de posibles imprudencias en cualesquiera otros campos de la actividad humana. Por supuesto caben interpretaciones tendentes a equiparar la técnica legislativa empleada con la del supuesto de la imprudencia grave; y posiblemente esta sea la solución a la que acudirá la práctica forense para evitar situaciones que podrían rozar el absurdo; pero no encuentro razones sólidas, y más partiendo del principio de la interpretación *pro reo*, para poder sostener tal solución interpretativa. Es el duro precio que hemos de pagar a la falta de calidad jurídica de una norma más pensada para dar tributo, si no complacer, a determinados colectivos sociales, y facilitar el cobro de indemnizaciones a cargo de las aseguradoras”¹¹.

11. RODRÍGUEZ LAINZ, (2019), Los nuevos delitos leves de imprudencia menos grave en materia de tráfico: aspectos sustantivos y procesales, en *Diario La Ley*, n.º 9392, 8 de abril de 2019, p. 8.

Tal interpretación auténtica ya ha sido acogida por algún tribunal que para dotar de contenido a la norma recurren al catálogo de infracciones graves del art. 76 LSV. En este sentido, la SAP Alicante, sección 2.º, núm. 135/2019 de 8 de abril, afirma que “el legislador tras la reforma del artículo 152.2 operada por LO 2/19, ha optado por configurar el tipo como una norma penal en blanco con expresa referencia a la legislación específica, referenciando la imprudencia menos grave a las infracciones de tráfico calificadas como graves”.

Las infracciones graves a la LSV están recogidas en el art. 76, entre las que destacamos: a) no respetar los límites de velocidad reglamentariamente establecidos o circular en un tramo a una velocidad media superior a la reglamentariamente establecida, de acuerdo con lo recogido en el anexo IV; c) incumplir las disposiciones de esta ley en materia de preferencia de paso, adelantamientos, cambios de dirección o sentido y marcha atrás, sentido de la circulación, utilización de carriles y arcenes y, en general, toda vulneración de las ordenaciones especiales de tráfico por razones de seguridad o fluidez de la circulación; d) parar o estacionar en el carril bus, en curvas, cambios de rasante, zonas de estacionamiento para uso exclusivo de personas con discapacidad, túneles, pasos inferiores, intersecciones o en cualquier otro lugar peligroso o en el que se obstaculice gravemente la circulación o constituya un riesgo, especialmente para los peatones; e) circular sin hacer uso del alumbrado reglamentario; f) conducir utilizando manualmente dispositivos de telefonía móvil, navegadores o cualquier otro medio o sistema de comunicación, así como utilizar mecanismo de detección de radares o cinemómetros; g) no hacer uso del cinturón de seguridad, sistema de retención infantil, casco y demás elementos de protección; h) no respetar la luz roja de un semáforo; j) no respetar la señal de stop o la señal de ceda el paso; k) conducir negligente; ñ) no mantener la distancia de seguridad con el vehículo precedente; o) circular con un vehículo que incumpla las condiciones técnicas reglamentariamente establecidas, salvo que sea calificada como muy grave, así como las infracciones relativas a las normas que regulan la inspección técnicas de vehículos; r) conducir vehículos con la carga mal acondicionada o con peligro de caída; s) conducir un vehículo teniendo prohibido su uso; t) circular con un vehículo cuyo permiso de circulación está suspendido; u) la ocupación excesiva del vehículo que suponga aumentar en un 50 por ciento el número de plazas autorizadas, excluida la del conductor; x) circular por autopistas o autovías con vehículos que lo tienen prohibido. z) Circular en posición paralela con vehículos que lo tienen prohibido.

Una interpretación excesivamente apegada a la norma nos llevaría a soluciones censurables por ir en contra de los propios intereses del legislador: si los tribunales consideran, tal y como expresa la norma, que las infracciones

graves a la LSV equivalen a la imprudencia menos grave, se produciría una ampliación de su ámbito de aplicación a costa de la imprudencia grave, la cual se reduciría muy sensiblemente. Pensemos, a modo de ejemplo, en el conductor que causa una lesión o fallecimiento a una víctima por circular sin hacer uso del alumbrado reglamentario (art. 76 e), utilizar manualmente dispositivos de telefonía móvil, navegadores o cualquier otro medio o sistema de comunicación (art. 76 g), no respetar las señales y órdenes de los agentes de la autoridad encargados de la vigilancia del tráfico (art. 76 j), no respetar la luz roja de un semáforo (art. 76 k) o no respetar la señal de stop o la señal de ceda el paso (art. 76.i). Son supuestos que mayoritariamente suelen dar contenido a la imprudencia grave, por lo que su reubicación en la menos grave carecería por completo de sentido.

Permítaseme insistir en la idea de que el fundamento del castigo por haber cometido un delito imprudente no puede residir, en ningún caso, en la mera infracción de un precepto administrativo sino en la lesión del deber de cuidado, que va más allá de la contravención de una norma técnica, administrativa o extrapenal. Ni la infracción de reglamentos implica necesariamente que el sujeto haya desatendido la norma (penal) de cuidado, ni el cumplimiento o la observancia de la norma administrativa significan que el sujeto haya actuado de forma prudente o diligente. Así, pueden citarse una multiplicidad de casos en los que no procede la activación del delito aunque se produzca una infracción grave a la LSV:

a) Infracción de normas sin relevancia para el riesgo, al ser reglas o disposiciones que no tienen como finalidad evitar riesgos o peligros sino otros intereses (limitaciones de circulación debidas a razones energéticas o medioambientales).

b) Infracción de normas sin vigencia real, al ser reglas o disposiciones que han dejado de ser válidas, necesarias o útiles para evitar riesgos o peligros, porque se revelan, en la práctica, inservibles, han quedado obsoletas o, directamente, son erróneas o equivocadas (ejs.: no reducir la velocidad en una zona de obra que ya ha finalizado, no realizar un stop donde no existe ningún cruce, etc.).

c) Infracción de normas sin transcendencia para el resultado final, por ser supuestos en los que la lesión o puesta en peligro para el bien jurídico no se ha producido por la infracción de la norma extrapenal sino, más bien, por otros factores o causas ajenas a la exigencia del deber de cuidado penalmente exigible (ejs.: sujeto que superando las tasas de alcoholemia previstas por la normativa administrativa pero circulando de forma adecuada y diligente atropella al peatón que actúa de forma imprudente cruzando la calzada con el semáforo en rojo o por un lugar inadecuado o sujeto que sin autorización para

conducir produce la muerte de otro conductor pero debido a una desatención y no a una falta de pericia).

En un sentido inverso al anteriormente apuntado, también pueden darse situaciones en las que el respeto de la norma extrapenal no sea suficiente para salvaguardar el deber de cuidado. No en vano, los reglamentos o las normas extrapenales regulan supuestos generales o abstractos que suelen ser los más usuales o los que más se repiten en la práctica, pero pueden darse situaciones especiales en las que las reglas generales resulten insuficientes o directamente inservibles, resultando necesario implementar medidas complementarias para no infringir la norma de cuidado: "las reglas de seguridad para situaciones estándares sirven para dichas situaciones, pero no cuando se conocen datos objetivos de que la situación es más peligrosa de lo normal"¹². Como recuerda ALONSO MORANTE, no es lo mismo efectuar una maniobra marcha atrás sin mirar por el espejo retrovisor en un garaje que en la explanada de una discoteca donde existen muchos transeúntes¹³.

El sujeto siempre deberá adecuar su comportamiento a la situación concreta que exige un mayor o, simplemente, diferente deber de cuidado. Así, el conductor que circula por una carretera urbana en la que el firme se encuentra deformado, mojado, existe niebla o llueve con mucha intensidad deberá reducir la velocidad lo que sea necesario para evitar la producción de un accidente. Aunque no infrinja ninguna norma administrativa, si no reduce la velocidad y se adapta a las circunstancias concretas de la circulación estará desplegando un comportamiento claramente negligente.

En el ámbito judicial, son múltiples las sentencias que rechazan este sistema de atribución de la responsabilidad penal que identifica de forma automática infracción a la normativa administrativa con un tipo de lesión penal del deber de cuidado. Así, la STS de 12 de julio de 1999, se muestra contundente cuando afirma que: "la previsiones reglamentarias no se corresponden "per se" con las normas de cuidado. La valoración de la gravedad legal de la imprudencia no puede quedar vinculada a criterios reglamentarios ni a exigencias más o menos formales".

Por tanto, me adhiero a DE CASTRO cuando, al abordar la reforma del año 2019 expresa que: "el hecho de que el artículo 142.2 CP construya la imprudencia menos grave sobre la base de la comisión de infracciones de tráfico graves, no supone una equiparación automática entre la imprudencia grave del artículo 142.1 Cp. y las infracciones de tráfico muy graves. Es

12. FEIJOO (2001b), *Resultado lesivo e imprudencia*, p. 301.

13. ALONSO MORANTE (2009), *El homicidio por imprudencia grave derivado de accidente de tráfico*, p. 150.

más, ni siquiera se debe equiparar, pese a la referencia legal, toda infracción grave de las normas de circulación con la existencia de una imprudencia penal menos grave. Así, por ejemplo, constituye infracción grave superar el límite de velocidad en 1km/hora, y no parece que esa conducta deba ser calificada penalmente más allá de una mera imprudencia leve y no menos grave¹⁴.

Una posición diferente mantiene MAGRO SERVET, para quien la infracción grave a la LSV permite dos posibilidades: que la imprudencia sea menos grave o grave, pero no leve o atípica. No obstante, entiende que se ha querido objetivar el contenido de la imprudencia menos grave, por lo que, propone que, a priori, la infracción grave a la LSV deba interpretarse como imprudencia menos grave y si el tribunal decide elevar la gravedad de la calificación “deberá motivar las razones por las que optar por aplicar esta excepción del precepto para poder ubicarla en una imprudencia de mayor gravedad”¹⁵.

Una interpretación literal de la norma que nos ocupa, llevaría, como ya se ha expresado, a una reducción o limitación del ámbito de la imprudencia grave. Y, en ningún caso, puede pensarse que el objetivo del legislador del año 2019 haya sido reducir, restringir o limitar el grupo de comportamientos negligentes que venían a dar contenido a la imprudencia grave para traspasarlos a la imprudencia menos grave, ya que se enfrentaría a la justificación y argumentación que se viene otorgando desde el año 2012 a los distintos proyectos de leyes y leyes que abordan el delito imprudente, que no es otra que sacar del código penal los comportamientos negligentes de menor importancia o entidad pero, al mismo tiempo, castigar con mayor dureza los comportamientos de mayor gravedad¹⁶.

En aras de paliar los efectos tan perniciosos de la nueva regulación, propongo que los tribunales, además de tener en cuenta la concurrencia de una infracción a la ley de seguridad vial, valoren los criterios que vienen siendo relevantes para la gradación de la imprudencia, tales como, la entidad del riesgo generado, la capacidad, información y preparación previas para la realización de un determinada acción, la adaptación al contexto, el principio de confianza o el principio de conducción defensiva, entre otros¹⁷. En definitiva,

14. DE CASTRO (2019), *LLP*, núm. 138.

15. MAGRO SERVET (2016), Esquema sobre la reforma del Código penal en materia de imprudencias en la seguridad vial, *Tráfico y seguridad Vial*, núm. 234, 1 de diciembre de 2018.

16. Sobre los motivos de la reforma de la imprudencia a la largo de los últimos años, ya me he pronunciado con mayor detenimiento DAUNIS (2018a), *La imprudencia menos grave*, *In Dret*, núm. 3.

17. Sobre los criterios que deben utilizarse para dotar de contenido a la imprudencia ya me he detenido en profundidad en DAUNIS (2018b), *In Dret*, núm. p7.

ni toda infracción grave a la LSV (que conlleve un resultado lesivo) supone automáticamente un delito penal cometido por imprudencia¹⁸, ni, en caso de tener relevancia penal, debe ser interpretado necesariamente como imprudencia menos grave, ya que, no existen obstáculos para que pueda considerarse como imprudencia grave.

II. EL DEBER DE CUIDADO EN LAS ACCIONES DE TRÁFICO ESPECIALMENTE PELIGROSAS

En las próximas páginas se analizan las principales infracciones al deber de cuidado que suelen causar un mayor número de lesiones o fallecimientos en accidentes de circulación. El objetivo no es otro que identificar el deber de cuidado en aquellas situaciones y acciones que resultan más peligrosas en el tráfico viario.

1. LOS ADELANTAMIENTOS

Los adelantamientos, muy especialmente, aquellos que se producen en vías de doble circulación merecen una especial diligencia y cuidado por parte de los conductores, al tratarse de maniobras que, con carácter general, conllevan un riesgo propio o intrínseco superior que el producido por el resto de maniobras. No en vano, la colisión frontal es uno de los accidentes más peligrosos o de mayor gravedad debido al intercambio de energía cinética que arrastra una gran capacidad de deformación¹⁹.

En la sección 6.^a de la LSV se recogen los criterios para realizar un adelantamiento de forma adecuada. La regla fundamental es que los adelantamientos deben realizarse por la izquierda del vehículo que se pretenda adelantar (art. 33 LSV). Además, deben tenerse en cuenta una serie *precauciones básicas* que deberá desplegar cualquier conductor, entre las que se destacan: señalar la maniobra, comprobar que existe espacio libre y controlar la velocidad propia y la de los demás usuarios de la vía (art. 34 LSV). Finalmente, deberá atenderse a las prohibiciones dispuestas en el art. 37 LSV, donde se prohíbe el adelantamiento en curvas y cambios de rasante de visibilidad reducida, en los pasos para peatones señalizados como tales y en las intersecciones y en sus proximidades.

18. En contra MAGRO SERVET (2019b), ¿Es la infracción grave de la circulación imprudencia grave o menos grave?, *Tráfico y seguridad vial*, núm. 240, para quien la infracción menos grave.

19. DGT (2015), *Cuestiones de seguridad vial, conducción eficiente, medio ambiente y contaminación*, p. 324.

El incumplimiento de algunas de estas precauciones puede ser la causa de un accidente de circulación con resultados lesivos. En tal caso, el juez o tribunal deberá analizar las circunstancias que rodean el caso para determinar la gravedad de la imprudencia, aunque la doctrina especializada viene defendiendo que cuando el adelantamiento se produzca infringiendo algunas de las prohibiciones previstas el art. 37 LSV, afectando a uno de los bienes jurídicos salvaguardados expresamente en los arts. 142 y 152 cp., se estará cometiendo una imprudencia grave²⁰.

2. EXCESOS DE VELOCIDAD

Otra de las principales causas de muerte o de lesiones graves por accidentes de tráfico es la conducción superando los límites de velocidad fijados en cada uno de los tramos de las diferentes vías de circulación.

Como ya se ha advertido, el legislador ha querido incluir expresamente los excesos de velocidad como circunstancia o elemento de la imprudencia grave prevista en los arts. 142.1 y 152.1 Cp. En mi opinión se trata de una decisión errónea que puede desembocar en una reducción injustificada del ámbito de la imprudencia grave. Porque la norma se refiere expresamente a las circunstancias previstas en el art. 379 cp., el cual se configura como un mero delito de peligro abstracto que exige para su aplicación la superación de los límites de velocidad (sesenta kilómetros en vía urbana y ochenta kilómetros en vía interurbana). Tales límites, que pueden ser adecuados para activar una norma que viene a salvaguardar un bien jurídico colectivo como la seguridad vial, son especialmente elevados para dotar de contenido a la imprudencia grave en los homicidios y las lesiones.

No debe olvidarse que el exceso de velocidad no solo aumenta considerablemente el riesgo de producción del accidente sino también de que las consecuencias del mismo sean más graves para la vida y salud de los usuarios de la vía. Por tanto, el exceso de velocidad de cierta entidad, es decir, que supera claramente los límites fijados por la norma, supone una infracción grave del deber de cuidado. Una interpretación muy apegada a la literalidad de la norma, que reconozca únicamente como imprudencia grave los excesos de velocidad previstos en el art. 379 Cp., nos llevaría a situaciones especialmente criticables como no sancionar como homicidio por imprudencia grave el atropello de un menor de edad por un conductor que circulaba a 70 km/h en un tramo limitado a 20 km/h por ser zona escolar.

Por su parte, resulta también desacertada la remisión que realizan los arts. 142.2 CP y 152.2 CP a las infracciones graves de la LSV para conformar la

20. En el mismo sentido, FSV (2016), *Dictamen 2/2016*, p. 39.

imprudencia menos grave. En el caso del exceso de velocidad, los arts. 76 y 77 LSV nos reenvían a su vez al Anexo IV de la LSV donde se diferencian entre infracciones muy graves y graves:

LÍMITE		20	30	40	50	60	70	80	90	100	110	120	130	Multa	Pts.
Exc. Vel.	Grave	21	31	41	51	61	71	81	91	101	111	121	131	100	-
		40	50	60	70	90	100	110	120	130	140	150	150		
		41	51	61	71	91	101	111	121	131	141	151	151	300	2
		50	60	70	80	110	120	130	140	150	160	170	170		
		51	61	71	81	111	121	131	141	151	161	171	171	400	4
		60	70	80	90	120	130	140	150	160	170	180	180		
		61	71	81	91	121	131	141	151	161	171	181	181	500	4
		70	80	90	100	130	140	150	160	170	180	190	190		
	Muy Grave	71	81	91	101	131	141	151	161	171	181	191	191	600	6

Nuevamente, una interpretación literal de la norma lleva a soluciones absurdas o irracionales, como calificar como imprudencia menos grave las lesiones en las que el conductor causante de las mismas circulase con cualquier exceso de velocidad, incluso cuando superase únicamente en 1 km/h los límites de velocidad.

El FSV, en el año 2016, proponía una solución algo diversa para graduar la gravedad de la imprudencia: en aquellos supuestos en los que el exceso de velocidad es considerado grave o muy grave por la LSV y lleva asociado la retirada de seis puntos, la imprudencia será grave; para los supuestos en los que infracción suponga la detracción entre dos y cuatro puntos, la imprudencia será menos grave y, en el límite mínimo, cuando los excesos de velocidad no supongan la detracción de puntos, la imprudencia será leve²¹. La propuesta del FSV del año 2016 es, sin duda, más ajustada a la práctica forense, ya que, coincide en mayor medida con las decisiones de los tribunales en este ámbito. Aunque, obviamente, deba rechazarse cualquier tipo de aplicación automática de la misma.

En definitiva, cuando se superen los límites del art. 379 cp. la imprudencia será grave, aunque, lo determinante es la infracción del deber penal de cuidado: cuando al exceso de velocidad (sin llegar a los límites establecidos en el art. 379 cp.) se sumen otras infracciones de normas o reglas básicas de la circulación, la imprudencia también podrá tener el carácter de grave.

Por lo que se refiere a la imprudencia menos grave, la nueva redacción de los arts. 142.2 y 152.2 cp. obliga a revisar el anexo IV de la LSV que recoge las infracciones graves por exceso de velocidad. En estos casos, solo podrá

21. Véase, FSV (2016), *Dictamen 2/2016*, pp. 55 y ss.

Otra cuestión diferente es que el accidente no solo se hubiese producido por la ingestión de bebidas alcohólicas sino que también hubiese participado la víctima en la producción del mismo. En algunos casos, cuando tal actuación de la víctima es determinante en la producción del resultado, los tribunales pueden degradar la gravedad de la imprudencia, la cual, pasa de grave a la categoría inmediatamente inferior, esto es, menos grave²⁴.

Con la reforma de la LO 2/2019, de 1 de marzo, se impide la posibilidad de degradar la gravedad de la imprudencia cuando la actuación de la víctima influyese de forma determinante en la producción del resultado, ya que, la norma obliga "en todo caso" a considerar la imprudencia como grave cuando se superen los límites del art. 379 cp.

De otra parte, puede suscitar algún problema e incertidumbre la calificación de aquellos supuestos en los que no se superen los límites del art. 379 CP y tampoco pueda verificarse que la conducción se encuentra "bajo influencia", del alcohol y de las drogas (lo cual debe probarse a través de la denominada "diligencia de síntomas externos", entre los que destacan la halitosis alcohólica, ojos brillantes, enrojecidos o lacrimosos, dilación de pupilas, habla titubeante, repetitiva, pastosa o embrollada, memoria confusa, rostro congestionado y sudoroso, lenta coordinación de movimientos, desorientación, problemas de equilibrio o deambular vacilante y padecimiento de vómitos)²⁵. Tales supuestos de conducción etílica²⁶, o con presencia de drogas en el organismo (que no superan los límites establecidos en el art. 379 CP ni presentan síntomas de

ingerido el conductor una cantidad de alcohol suficiente como para disminuir de forma notable su capacidad de atención y la pericia de su manejo, lo que fue determinante del resultado lesivo final producido".

24. Véase, entre otras, la SAP de Barcelona, sección 2.ª, núm. 5/2001, de 8 de enero.
25. Sobre la "conducción bajo influencia", véase FERNÁNDEZ BERMEJO (2016), El delito de conducción de vehículos de motor bajo la influencia de los efectos de alcohol, *LLP*, p. 4.
26. Artículo 20. Tasas de alcohol en sangre y aire espirado. No podrán circular por las vías objeto de la legislación sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial los conductores de vehículos ni los conductores de bicicletas con una tasa de alcohol en sangre superior a 0,5 gramos por litro, o de alcohol en aire espirado superior a 0,25 miligramos por litro. Cuando se trate de vehículos destinados al transporte de mercancías con una masa máxima autorizada superior a 3.500 kilogramos, vehículos destinados al transporte de viajeros de más de nueve plazas, o de servicio público, al transporte escolar y de menores, al de mercancías peligrosas o de servicio de urgencia o transportes especiales, los conductores no podrán hacerlo con una tasa de alcohol en sangre superior a 0,3 gramos por litro, o de alcohol en aire espirado superior a 0,15 miligramos por litro. Los conductores de cualquier vehículo no podrán superar la tasa de alcohol en sangre de 0,3 gramos por litro ni de alcohol en aire espirado de 0,15 miligramos por litro durante los dos años siguientes a la obtención del permiso o licencia que les habilita para conducir. A estos efectos, sólo se computará la antigüedad de la licencia de conducción cuando se trate de la conducción de vehículos para los que sea suficiente dicha licencia.

conducción bajo influencia) constituyen una infracción muy grave prevista en el art. 77 LSV, por lo que, quedan directamente fuera del ámbito de la imprudencia menos grave, presentándose dos opciones: dejarlas atípicas o aboca a soluciones absurdas, ya que, para muchos de estos casos la opción más adecuada podría ser la calificación de la imprudencia como menos grave.

4. SEMÁFOROS, SEÑALES DE STOP, CEDA EL PASO Y PREFERENCIA DE PASO

De igual forma, los supuestos en los que el conductor hace caso omiso o desatiende por completo a la señal de STOP, un semáforo o la señal de Ceda el Paso suelen considerarse como una infracción grave del deber de cuidado²⁸. Porque, el conductor que no respeta estas señales, sin detener el vehículo frente a la prohibición de atravesar un determinado cruce o intersección, desatiende las mínimas cautelas o precauciones previamente establecidas para evitar lesionar a otra persona²⁹. Son infracciones que no solo vulneran el principio de confianza en el tráfico viario, sino que también generan un elevado riesgo de producción del resultado lesivo, ya que, suelen producirse en lugares (cruces, cambios de rasantes, etc.) donde la visibilidad es menor y/o el

Por su parte, el Anexo II de la LSV sanciona con la retirada de 4 puntos, conducir con valores de más 0,25 mg/l o 0,15 mg/l (en el caso de profesionales y nóveles) ya conlleva una sanción de retirada de 4 puntos.

27. En este sentido resulta especialmente representativa la SAP Toledo, sección 1.ª, núm. 21/2018, de 16 de febrero, cuando reconoce que una tasa de 0,51 mg/l no es suficiente para activar el art. 379 cp pero sí, en cambio, para considerar la existencia de un homicidio por imprudencia grave: "el conducir un vehículo a motor superando los límites de alcoholemia legalmente establecidos (dato que no cabe poner en duda) constituye una falta de atención grosera a las más elementales normas de previsión y cuidado, una flagrante omisión del deber de advertir la presencia del peligro, pues precisamente por tratarse de un conductor profesional tiene que saber el autor de los riesgos que para la conducción entraña el consumo de alcohol, más si como en este caso tal consumo ha sido tan abundante que supera, y no por poco, los límites exigibles. En definitiva, el recurrente, que ha sido conductor profesional, se pone al volante de un vehículo a motor después de haber ingerido bebidas alcohólicas, superando los límites administrativamente establecidos y sufriendo un accidente por una distracción no aclarada ni explicada, cuando no existía absolutamente ninguna circunstancia desfavorable para la normal conducción, concluyendo que en este caso nos encontramos ante la «falta de adopción de las precauciones más elementales y rudimentarias», o de «ausencia absoluta de cautela» a las que se refiere la jurisprudencia más atrás citada para caracterizar la imprudencia grave y distinguirla de la leve".

28. ALONSO MORATE (2009), *El homicidio por imprudencia grave derivado de accidente de tráfico*, p. 177.

29. En este sentido, véase también la SAP Zaragoza, sección 3.ª, núm. 139/2000, de 29 de marzo.

riesgo de sufrir accidentes resulta, en consecuencia, mayor³⁰. A este respecto resulta ilustrativa la SAP Valladolid, sección 2.ª, núm. 337/2002, de 8 de mayo, cuando afirma que “el hecho de no respetar un semáforo en rojo que el acusado tenía en su sentido de marcha, invadiendo así y obstaculizando la normal trayectoria del que circula con paso preferente constituye una negligencia de entidad, una falta de la más vulgar de las cautelas y precauciones que todo conductor debe tener en su actuar”. Por tanto, aunque la LSV considera estas infracciones como graves (76 LSV) y no como muy graves (77 LSV), no debe descartarse que en muchos supuestos el deber de penal de cuidado que se infringe sea grave.

En cambio, merecen una calificación diferente aquellos supuestos, muy frecuentes en la práctica, en los que el conductor sí realiza el STOP o el Ceda el Paso, pero lo hace de forma inadecuada, porque se adentra en la vía, sin percibir que está cruzando otro vehículo, con el cual acaba finalmente colisionando, produciendo la muerte o lesiones de sus ocupantes. Este tipo de supuestos, en los que el conductor no invadió otro carril ni cometió ninguna otra infracción a la normativa de seguridad vial, no destilan una infracción grave a la norma penal de cuidado, sino más bien de carácter intermedio o leve³¹, por lo que, tras la reforma del código penal 2015, su calificación oscilará entre imprudencia menos grave o, directamente, leve y, en consecuencia, irrelevante para el derecho penal.

Nuevamente, deberá analizarse caso por caso, para verificar cómo se produjo la infracción del deber de cuidado, atendiendo a las circunstancias

30. Véase, a modo de ejemplo, SSTS de 26 de marzo de 2001 y 25 de abril de 2005.

31. Como ya recogía la STS de 17 de enero de 1992: “El procesado se detuvo ante la señal de “stop”, observó la realidad del tráfico, pero esta observación no fue lo profunda y atenta que merecían las circunstancias concurrentes, adentrándose en la vía correspondiente con toda lentitud, llegando incluso a detenerse de nuevo, momento en que se cruzó en la trayectoria seguida por la motocicleta. Pocos delitos han producido tanta doctrina jurisprudencial. De su lectura se descubre bien pronto en qué consiste la temeridad. Sólo hay imprudencia temeraria cuando la omisión del deber objetivo de cuidado es de tal carácter que hubiera sido captada la necesidad de su observancia por cualquier persona media o normal. De esta idea general, bien sencilla y clara, se obtienen ya las infinitas manifestaciones dirigidas a especificar la naturaleza en la infracción de los supuestos concretos. Por consiguiente, cuando la persona cuida de su comportamiento en la carretera, en los términos descritos, deteniéndose, volviendo a detenerse, observando, etc., de ninguna manera puede decirse que omitiera las más elementales normas de prudencia, aunque, dada la naturaleza del acto que realizaba, nadie pone en duda que el hecho de conducir un vehículo de motor exige una permanente y exquisita cautela y previsión y, por consiguiente, todavía pudo poner más atención en la maniobra, pero este no poner todas las previsiones no es ya temerariamente imprudente, sino imprudente, sin más. También sancionan este tipo de supuestos como imprudencia leve la SAP Madrid, núm. 348/2002, de 22 de octubre, SAP de Cádiz (Sección 7.ª), núm. 181/2000, de 18 de diciembre, SAP Murcia, núm. 53/2002, de 20 de abril, entre otros.

concretas del accidente, tales como, el estado de la vía, la densidad del tráfico o la visibilidad existente. Resulta interesante el supuesto calificado, antes de la reforma del año 2015, por la SJP Pamplona 4.º, núm. 113/2015, de 23 de abril, como imprudencia leve, en el que el conductor de un autobús detuvo el vehículo para respetar la señal de STOP pero se incorporó de forma indebida, ya que, lo hizo en un intervalo de tiempo insuficiente para asegurarse completamente de que ningún vehículo circulaba por las inmediaciones, debiendo haber mirado a ambos lados de la carretera, no una vez sino varias veces. La circunstancia de detener el vehículo constituye para el tribunal un dato transcendental para negar que el comportamiento constituye una forma de imprudencia grave, al no observar una “desatención grosera relevante de lo que es exigible a cualquier persona” (...) “Ni la posibilidad de producción del resultado era considerable. Estas consideraciones sí que hubieran sido acogidas en esta sentencia, y por lo tanto la misma hubiera condenado en sede de delito, si el acusado no hubiera respetado la señal de stop, ya que entonces su diligencia en la conducción hubiera sido menor, desatendiendo groseramente la exigencia de detener el vehículo, siendo por ello probable que ocurriendo un accidente por lo indebido de una maniobra de no respetar la señal de stop. Por lo expuesto la imprudencia del acusado no fue grave”. Con la nueva regulación, tales supuestos oscilan entre la imprudencia leve y menos grave, dependiendo del resto de circunstancias del caso. Precisamente, en el supuesto abordado se hubiese optado por apreciar la imprudencia menos grave, ya que, el juez justifica la máxima extensión de la pena impuesta para la multa en la propia gravedad de los hechos enjuiciados, que “están próximos a constituir un delito de homicidio por imprudencia grave”³².

Finalmente, pueden quedar englobados bajo la categoría de imprudencia menos grave, aquellos casos en los que se degrada la imprudencia grave a menos grave debido a la participación de la víctima en la producción del resultado.

32. Un caso muy similar analiza el AAP de Murcia, sección 3.ª, núm. 1369/2016, de 14 diciembre, donde considera que no puede reputarse como imprudencia grave la acción de la conductora que después de realizar el STOP correspondiente reanuda la marcha atropellando: “del relato se infiere que la denunciada habría respetado en un primer momento la exigencias de la señal de stop, deteniéndose y comprobando si venía algún vehículo, por ello la presunta negligencia imputable es únicamente la de reanudar la marcha sin percatarse de la presencia del ciclista que presuntamente circulaba con preferencia por la vía. Esta torpeza viene aminorada, además, por el hecho de que, como alega el recurso, se trataba de un lugar de dificultosa visibilidad. Por tanto, no estamos ante una imprudencia temeraria porque no medió por parte de la denunciada ese absoluto desprecio a las normas de circulación que la imprudencia grave requiere. También la SAP de Albacete (Sección 2.ª), núm. 235/2009, de 21 de octubre, que juzga el caso del camión que sale del STOP sin la velocidad necesaria para cruzar la vía, chocando con el ciclomotor que conducía por la vía preferente.

5. DEFICIENTES CONDICIONES PSICOFÍSICAS PARA LA CONDUCCIÓN

Otras de las causas que provocan los accidentes con consecuencias más graves para la vida o salud de las personas son aquellas que hacen referencia a las deficientes condiciones psicofísicas para la conducción, tales como, el sueño, cansancio, fatiga, enfermedad y, en general, cualquier otra circunstancia que provoque una falta de dominio del vehículo.

Sin duda, uno de los supuestos más paradigmáticos dentro de esta categoría es el de los "microsueños" en los que el conductor pierde el control completo del automóvil. Como explica el FSV, "tales microsueños no suelen surgir de forma fulminante y rápida, sino que discurren por etapas de fatiga y somnolencia, unidas al cansancio crónico o puntual, a noches sin el suficiente horario de descanso, a determinadas medicaciones o ingestión de sustancias tóxicas más o menos alejadas en el tiempo de los hechos sin que puedan descartarse cuadros patológicos"³³. En estos casos, en los que el sujeto conoce el riesgo que entraña la conducción pero, en lugar de abstenerse de conducir, decide hacerlo, estará cometiendo una infracción grave del deber penal de cuidado. Así, el individuo que padece epilepsia –motivo por el cual el médico le recomienda no conducir– comete una infracción grave del deber penal de cuidado cuando en plena conducción sufre un mareo, quedándose con la vista fija mirando al frente, agarrado al volante y apretando el acelerador con su pie, hasta causar un accidente³⁴. La imprudencia es grave porque infringe gravemente el deber de cuidado al desobedecer las indicaciones del médico, generando conscientemente una clara situación de riesgo.

Nuevamente, deberá analizarse cada caso para determinar la gravedad del comportamiento en cada supuesto. La casuística es inabarcable, por lo que, resulta inviable establecer unos criterios estándares o generales. Ciertamente, en los casos en los que al cansancio, fatiga o sueño se unen otros factores que aumentan la creación del riesgo no permitido, tales como, la velocidad excesiva³⁵,

33. FSV (2016: 42).

34. SAP de Madrid, sección 2.ª, núm. 116/2000, de 3 de marzo.

35. Véase la SAP de Navarra (Sección 1.ª), núm. 204/1998, de 26 de octubre, donde existe conducción excesiva estando el conductor cansado: "Los hechos declarados son legalmente constitutivos de un delito de imprudencia grave (..), ya que el acusado condujo su vehículo sin la cautela normalmente exigible, dado que circulaba a una velocidad a la permitida, por una carretera de trazado sinuoso, mojada y a las 7.20 de la mañana, tras haber estado toda la noche sin dormir, de tal forma que no controlaba suficientemente el automóvil, extremo acreditado por su salida de la calzada y posterior colisión contra un árbol, sin que ningún obstáculo se interpusiera en su marcha, ni ningún otro vehículo que transitara le produjese una alteración en la conducción del vehículo. El acusado omitió las más elementales precauciones que las circunstancias ya citadas le exigían, conduciendo a una velocidad excesiva y superior a la permitida lo

la previa ingestión del alcohol o de fármacos³⁶ o la falta de pericia³⁷, entre otros, la imprudencia merece la calificación de grave.

En los casos en los que el accidente se produjo únicamente por la acumulación de cansancio del conductor, sin infringirse otras normas de cuidado, entendemos que la falta de diligencia no puede reputarse como grave, sino como media o, incluso, leve³⁸.

III. EL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN EL TRÁFICO VIARIO

El principio de confianza, como figura jurídica, surge, precisamente, en el ámbito del tráfico viario³⁹. Por ello, entendemos conveniente partir de la

que le impidió controlar el vehículo adecuadamente, y dio lugar a su salida de la calzada y posterior colisión contra un árbol (...). De forma muy similar, véase, entre otras, SJP Ávila (núm. 1), núm. 237/2017, de 29 septiembre, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla núm. 4/2004, de 21 de mayo. STS (Sala de lo Penal), núm. 791/2001, de 8 de mayo.

36. STS, sala de lo penal, núm. 270/2005, de 22 de febrero

37. STS, sala de lo penal, núm. 1139/2000, de 27 de junio

38. Proponemos la misma solución para aquellos supuestos en los que en la producción del accidente influyó de forma determinante el mal mantenimiento del vehículo: neumáticos desgastados, luces mal graduadas o inexistentes. En estos casos, cuando al defecto del vehículo se une otra infracción a la norma de cuidado la falta de diligencia debida será grave. Así, la SAP de Alicante, sección 7.^a, núm. 116/2001, de 28 de febrero, donde se conduce a velocidad excesiva con un camión con neumáticos en estado deficientes: "el conductor se encontró con un tramo de obras por reparación del firme debidamente señalizado con velocidad limitada en ese lugar a 60 kilómetros por hora, pero, al circular a una velocidad excesiva de unos 97 kilómetros por hora y advertir la parada del turismo que le precedía, efectuó una fuerte frenada que resultó defectuosa por la falta de adherencia de los neumáticos por hallarse en malas condiciones algunos, desplazándose del carril izquierdo al derecho atropellando a Alfonso A.C. que se encontraba en el lugar provisto de bandera y chaleco reflexivo de color naranja señalizando obras"; SAP de Madrid, núm. 396/1996, de 10 de junio, que enjuicia al conductor que conduce un vehículo a velocidad excesiva y con las bandas de rodadura de los neumáticos desgastados; STS, de 10 de octubre de 1991, que juzga el caso del conductor del autobús que circula a velocidad excesiva sin guardar la distancia de seguridad. "... el procesado no observó ni la velocidad aconsejada, ni la distancia reglamentaria necesaria para poder dominar el vehículo, es evidente que tal comportamiento merece el mayor de los reproches en materia de imprudencia pues era perfectamente previsible que por las infracciones reglamentarias señaladas en concurrencia con lo peligroso del lugar en el que existían unas isletas para permitir a los vehículos atravesar la parte de la calzada destinada a los que circulaban en dirección contraria, pudiese producirse un accidente como el que se produjo en circunstancias como las que concurrieron en el momento de producirse el accidente",

Al igual que en el caso anterior, cuando la única norma de cuidado infringida es la deficiencia de alguno de los elementos del automóvil, la imprudencia oscilará entre menos grave y leve, atendiendo a la intensidad de la infracción.

39. Para un análisis más profundo sobre el principio de confianza se recomienda la obra de MARAVER (2009), *El principio de confianza en derecho penal. Un estudio sobre la*

definición que dispone la propia DGT: “todo partícipe en la circulación rodada que se comporte reglamentariamente tiene derecho a esperar, en expectativa legítima, que los demás usuarios de la vía, sean conductores o peatones, harán un uso adecuado de la misma y cumplirán las normas que regulan la circulación por ella. Todo conductor necesita circular con la relativa certeza de saber que los demás usuarios van a respetar las normas establecidas para la circulación. El saber qué van a hacer los demás y cómo lo van a realizar, le dará la tranquilidad suficiente para anticiparse y prevenir situaciones más o menos peligrosas y actuar adecuadamente en cada caso para evitarlas. El principio de confianza en la normalidad del tráfico está basado, por consiguiente, en el cumplimiento estricto, por parte de los usuarios, de las normas que regulan la circulación”⁴⁰.

El principio de confianza –también denominado como de “expectativa adecuada”– aparece principalmente para hacer más factible, fluido y, en última instancia, posible el tráfico viario. El objetivo es que el conductor no solo transite por la vía con un perfecto dominio del vehículo, controlando cualquier tipo de incidencia del tráfico, sino también que tenga la seguridad y confianza de que el resto de conductores van a actuar de forma correcta, tomando las mismas precauciones y cumpliendo todas y cada una de las reglas de circulación. Porque, “si el conductor tuviera que contar en todo momento

aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva, quien recuerda que “el principio de confianza surgió en Alemania, a mediados del pasado siglo XX, como un criterio jurisprudencial destinado a determinar la responsabilidad por imprudencia en el ámbito del tráfico viario. Mediante este principio, los tribunales alemanes pretendieron limitar el deber de cuidado de los conductores, reconociéndoles la posibilidad de confiar en la conducta correcta de los demás participantes del tráfico, siempre que las circunstancias del caso concreto no hicieran pensar lo contrario. Se trataba, en última instancia, de limitar el excesivo alcance del criterio de la previsibilidad, permitiendo a los conductores no tener que contar constantemente con las previsibles actuaciones incorrectas de los terceros. En España, el principio de confianza surgió algunos años más tarde, de manera bastante parecida: después de un tiempo en el que la responsabilidad de los conductores se hacía depender exclusivamente de criterios como el de la previsibilidad o el de la velocidad excesiva, el Tribunal Supremo reconoció la existencia de un principio de confianza en el ámbito del tráfico viario, conforme al cual se permitía a los conductores confiar en la conducta correcta de los demás participantes del tráfico, siempre que las circunstancias del caso concreto no hicieran pensar lo contrario”, pp. 35-36.

40. DGT (2015), *Cuestiones de seguridad, conducción eficiente, medio ambiente y contaminación*, que entiende que dicho principio de confianza puede deducirse de los artículos 2 y 3 del Reglamento General de Circulación. Según el primero de ellos, “los usuarios de la vía están obligados a comportarse de forma que no entorpezcan indebidamente la circulación; según el segundo, se deberá conducir con la diligencia y precaución necesarias para evitar todo daño, propio o ajeno, cuidando de no poner en peligro, tanto al mismo conductor como a los demás ocupantes del vehículo y al resto de usuarios de la vía”, p. 23.

con las posibles actuaciones incorrectas de los terceros se vería obligado a conducir tan despacio que acabaría con la fluidez del tráfico viario⁴¹.

En virtud de la aplicación del principio de confianza, se exonera, a priori, al conductor de aquellas consecuencias generadas en un accidente de tráfico donde la víctima lesionada quebrantó la confianza depositada en ella, al infringir una o varias normas de tráfico y causar o provocar el accidente.

En puridad, la exoneración de responsabilidad criminal no solo responde a la aplicación del principio de confianza sino, principalmente, a la imposibilidad de verificar o concretar la imputación objetiva del resultado: el resultado lesivo se produce por el comportamiento de la propia víctima, no pudiendo el sujeto activo ni prever, ni evitar la producción del mismo. Expresado de otra forma, para apreciar el principio de confianza el sujeto activo no puede haber infringido ninguna norma de cuidado, sino que la causa del accidente fue generada única y exclusivamente por la víctima.

La solución no siempre se presenta tan pacífica, ya que, en ocasiones el deber objetivo de cuidado exige al conductor una mayor precaución y que sea capaz de prevenir determinados riesgos de la circulación, sobre todo, cuando intervengan en la misma determinados usuarios con características especiales y/o cuando se detecte alguna situación anómala. En consecuencia, el partícipe en la circulación viaria puede confiar en que los demás usuarios de la vía se comportarán correctamente, “siempre y cuando, no sea previsible una reacción distinta por concurrir circunstancias especiales”⁴².

1. PRINCIPIO DE CONDUCCIÓN DEFENSIVA

Como adelantaba, la aplicación del principio de confianza no procede en todo caso, obligando al conductor a prestar una mayor cautela o diligencia en determinados supuestos especiales. Se prefiere usar la denominación de “principio de confianza ajustada a la normalidad del tráfico”, advirtiéndose de la necesidad de desplegar una especie de “conducción defensiva” donde el conductor debe ser capaz de prever posibles actuaciones incorrectas o anormales de otros usuarios de la vía.

Dicha “conducción defensiva” o “principio de defensa” se configura también con una regla básica de la seguridad vial e, incluso, se antepone al principio de confianza, exigiéndole al conductor no solo conducir de forma “dirigida” sino también “defensivamente”, contando con la eventual imprudencia de los demás copartícipes en el tráfico. Según la DGT, el “principio de

41. Véase MARAVER (2009), *El principio de confianza en derecho penal*, p. 164.

42. SAP Barcelona, sección 6.ª, núm. 207/2011, 10 de marzo, SAP Toledo, sección 2.ª, n.º 101/2010, 9 de diciembre.

defensa” consiste en “prevenir los posibles fallos humanos de los usuarios que comparten con nosotros la vía pública con una actuación adecuada cuando las circunstancias del tráfico nos hagan pensar en la posibilidad de un peligro. Es poner de nuestra parte la cautela, previsión, diligencia y cuidado requeridos por las circunstancias o condiciones de cada momento concreto, actuando consecuentemente ante ellas”⁴³. Así, el principio de defensa actúa, en ocasiones, como contrapeso de la idea de fluidez en el tráfico viario, la cual, no puede priorizarse a la propia integridad o salud de los usuarios de la vía, exigiéndose una especie de equilibrio justo entre ambos intereses⁴⁴. Al mismo tiempo, se trata de un principio que responde a la exigencia de solidaridad respecto a colectivos que pueden sufrir concretas situaciones de vulnerabilidad⁴⁵.

Obviamente, el principio de defensa solo limita o restringe al de confianza cuando la situación o actuación anormal fuese previsible y el sujeto tuviese el deber de evitarla. Porque, sancionar a un sujeto por un resultado que no ha podido prever ni tiene el deber de evitar lesionaría el art. 5 CP, según el cual, “no hay pena sin dolo ni imprudencia”. En consecuencia, el principio de confianza cede en aquellas situaciones en las que se crea o genera un riesgo que el sujeto no solo puede evitar sino que, además, tiene el deber de hacerlo.

Resulta especialmente ilustrativa del comportamiento que exige el deber de conducción defensiva, la SAP, sección 2.ª, núm. 1001/2016, de 9 de diciembre, que sanciona como un delito de homicidio cometido por imprudencia menos grave el atropello de una menor de 4 años que desciende por la puerta posterior izquierda de un vehículo que se encontraba parado en la calzada desprendiendo un humo denso y de color negro/gris. Teniendo en cuenta que el conductor circulaba por la vía muy próximo al máximo de la velocidad permitida (80 km/h) pero sin superarla, mientras que, el otro vehículo se encontraba ocupando parte de la vía y la menor salió del mismo por la puerta equivocada, podríamos afirmar que, a priori, el conductor no ha infringido ningún deber de cuidado. No obstante, “el hecho de que se encontrara parado en el arcén un vehículo del que salía humo denso y de color negro/gris, dificultando sin lugar a dudas la visibilidad existente en la zona, exigía atemperar la conducción a las condiciones desfavorables y reducir en su caso la velocidad por parte del conductor denunciado que circulaba por la misma vía”. Obviamente, debe verificarse también que el resultado fue causa de la acción negligente del conductor y que pudo haberlo evitado, es decir, debe verificarse la

43. DGT (2012), *Manual de seguridad vial*, p. 24.

44. Sobre esta idea de equilibrio ante ambas finalidades o pretensiones, más detenidamente, MARAVER (2009), *El principio de confianza en derecho penal*, p. 55.

45. Justifica la limitación del principio de confianza en base al de solidaridad, CORCOY (2007), Homicidio y lesiones imprudentes cometidos con vehículos a motor o ciclomotor, en DE VICENTE MARTÍNEZ (DIR.), *Derecho penal y seguridad vial, Estudios de Derecho Judicial*, 114.2007, p. 94.

imputación objetiva del resultado, ya que, si dicho resultado se hubiese producido también en el caso de que se hubiese respetado el principio de conducción defensiva, el conductor debería quedar impune. En este sentido, la SAP de Córdoba, sección 1.ª, núm. 20/2001, de 23 de febrero, aborda el caso de una mujer que se baja de un coche y cuando pretende cruzar indebidamente la calzada, el conductor de otro automóvil la atropella. El tribunal considera el caso atípico: "aunque observó la presencia de algún bulto en la calzada que la obstaculizaba iniciando maniobra de evasión a su izquierda a la vez que accionaba el sistema de frenado de su vehículo, no impidiéndole que debido a la rapidez con que ocurrieron los hechos y la imprevisibilidad del obstáculo interceptara con el aleta derecha de su vehículo al mismo".

Principalmente, el principio de conducción defensiva se antepone al principio de confianza cuando en el delito intervienen colectivos que debido a sus condiciones personales pueden sufrir una situación de vulnerabilidad en cualquier momento del tráfico (fundamentalmente, a los menores, ancianos y discapacitados que, debido a su falta de madurez, problemas físicos y/o mentales, puedan generar algún tipo de riesgo en la circulación). Asimismo también puede tener cierta operatividad en situaciones en las que se produce un aumento del riesgo por las propias condiciones de la vía o del tráfico, las cuales exigían desplegar un mayor nivel de diligencia.

1.1. Colectivos vulnerables

Existen determinados colectivos que obligan al conductor y, en general, a cualquier usuario de la vía a desplegar un deber de cuidado reforzado. No en vano, se trata de una obligación o deber expresamente recogido en la propia LSV:

Art. 13 LSV. Normas generales de conducción

1. – El conductor debe estar en todo momento en condiciones de controlar su vehículo. Al aproximarse a otros usuarios de la vía, debe adoptar las precauciones necesarias para su seguridad, especialmente cuando se trate de niños, ancianos, personas ciegas o en general personas con discapacidad o problemas de movilidad.

En el mismo sentido, el RGC impone la obligación reforzada de moderar la velocidad o detenerse si fuera preciso cuando el conductor se halle en presencia de menores de edad o pueda preverse racionalmente la irrupción de menores, ancianos, personas ciegas o con problemas de movilidad:

Art. 46 RGC. Moderación de la velocidad. Casos.

1. Se circulará a velocidad moderada y, si fuera preciso, se detendrá el vehículo cuando las circunstancias lo exijan, especialmente en los casos siguientes: a) Cuando haya peatones en la parte de la vía que se esté utilizando

o pueda preverse racionalmente su irrupción en ella, principalmente si se trata de niños, ancianos, invidentes u otras personas manifiestamente impedidas. b) Al aproximarse a ciclos circulando, así como en las intersecciones y en las proximidades de vías de uso exclusivo de ciclos y de los pasos de peatones no regulados por semáforo o agentes de la circulación, así como al acercarse a mercados, centros docentes o a lugares en que sea previsible la presencia de niños (...) e) Al aproximarse a un autobús en situación de parada, principalmente si se trata de un autobús de transporte escolar⁴⁶.

Como ya se ha advertido, el principio de conducción defensiva deberá conectarse necesariamente con la teoría de la imputación objetiva del resultado a la hora de analizar quién generó el riesgo de producción del resultado y la causa de producción del mismo. De esta forma, en aquellos casos en los que la actuación antirreglamentaria del menor o incapaz fuese la causa decisiva y eficiente del resultado, difícilmente se podrá hacer responsable al conductor⁴⁷. Imaginemos el siguiente supuesto: un menor se encuentra en los alrededores de un colegio y sale corriendo tras la pelota con la que jugaba, abalanzándose sobre un automóvil cuyo conductor no pudo evitar el accidente, produciéndose su muerte. En este supuesto, parece indiscutible afirmar que solo se podrá hacer responsable al conductor a título de imprudencia cuando hubiese podido evitar el accidente reduciendo la velocidad (en atención a la cercanía del colegio). Hacer responsable al conductor que no puede evitar el resultado supone, una vez más, reproducir el modelo de responsabilidad "versari in re ilícita", el cual, no goza de validez ni operatividad en nuestro ordenamiento jurídico desde hace décadas⁴⁸.

46. Advierte el FSV (2916: 46) al comentar el art. 46 RGC que no es preciso para exigir este deber de cautela que exista "cercanía física y el contacto visual, al bastar la previsibilidad de la presencia del sujeto, referida a presencia probable o inminente con un catálogo de supuestos ejemplificativos como residencias o centros de tercera edad, de discapacitados o colegios, circunstancias conocidas por el conductor que den lugar a la previsión racional de la aparición en la vía y la aproximación o cercanía a autobús escolar en la que la ley la presume".
47. En efecto, en estos casos se trata fundamentalmente de una cuestión que debe analizarse en el ámbito de la causalidad e imputación objetiva del resultado, debiéndose evitar, como recuerda FEIJOO (2001a), *Homicidio y lesiones imprudentes*, que se cuele por la "puerta de atrás" ideas versaristas que permiten imputar un resultado sin determinar si dicho resultado es realmente una concreción del riesgo creado imprudentemente, p. 234.
48. En este sentido, resulta especialmente ilustrativa la SAP de Burgos (sección 1.ª), núm. 244/2013, de 16 de mayo, al entender como "obligado en el campo público del "ius puniendi", donde la relación de causalidad toma especial relieve como pieza clave de la imputación objetiva del resultado, valorar las conductas concurrentes, tanto desde el lado activo de la infracción, -autor-, como desde el lado pasivo -víctima-, para calibrar la respectiva relevancia de las mismas en el plano causal, de suerte que si la actuación del sujeto pasivo se muestra como causa decisiva y eficiente del resultado, habrá de reputarse la del sujeto activo como accidental y fortuita, como, igualmente, si ambas conductas, las del imputado y la de la víctima se muestran con la misma

En definitiva, el principio de seguridad o de conducción defensiva no puede invocarse para verificar la existencia de un comportamiento imprudente –al menos, en el ámbito penal– en aquellos casos en los que el riesgo de producción del resultado se generó por la propia víctima u otro interviniente en el tráfico, no pudiendo el conductor ni prever ni evitar el mismo. En este sentido resulta esclarecedora la SAP de Madrid, núm. 211/1998, de 13 de julio, cuando afirma: “habida cuenta, como la resolución recurrida refiere, la existencia de prueba bastante que acredita las circunstancias de atropello y cómo el mismo se produjo de modo principal, al menos, por la conducta del propio peatón, tristemente fallecido, que, inopinadamente, irrumpe en la calzada, de forma dubitativa y sorpresiva para el conductor del vehículo que le arrolla, el cual, según la testifical practicada, de cuya imparcialidad no cabe dudar, circulaba a una velocidad adecuada a las circunstancias del tráfico. Por lo que, si bien es cierto que la circulación rodada se rige por el principio de conducción dirigida o controlada que consagra hoy el art. 17 del Reglamento General de Circulación, no lo es menos que ese axioma se ve, a su vez, atemperado por el otro gran principio de confianza en la circulación, conforme el cual, no resulta igualmente exigible aquel control del automóvil ante situaciones inesperadas, que sorprendan el correcto circular de los vehículos. Tal intervención de este criterio que, sin duda, aquí se produce, es lo que hace que la supuesta imprudencia desaparezca plenamente o, cuando menos, vea reducida su intensidad hasta el punto de quedar excluida del ámbito de lo penal”.

En cambio, en aquellos casos en los que la conducta antirreglamentaria no es atribuible en exclusiva a la víctima, el hecho de no atender al deber de cautela reforzado que exige el principio de conducción defensiva puede convertir a la imprudencia en menos grave o, incluso, en grave. Así, imaginemos que el accidente se produce por un simple descuido: aunque se trae de un mero despiste el hecho de infringir el principio de conducción defensiva, por haberse producido en una zona de especial riesgo o ante un colectivo vulnerable, puede refutar la imprudencia como menos grave o, incluso, grave⁴⁹.

potencia o virtualidad, o la de esta última viene revestida de una influencia causal, aunque de menor entidad, debe reprocharse al primero la imprudente acción, aunque adecuando el grado de su culpa a la mayor o menor eficacia causal de su intervención, lo que permitirá absorberla y/o degradarla en el ámbito de la responsabilidad penal y compensarla en el de la civil, lo que no ocurre en el caso ahora examinado, al no tener relevancia causal alguna la conducta de la víctima, quien tan solo cruzaba de forma reglamentaria por un paso de peatones”.

49. Como recuerda, entre otras, la anteriormente citada SAP de Burgos, sección 1.ª, núm. 244/2013, de 16 de mayo, al advertir que “es doctrina firmemente asentada en las resoluciones de nuestro más alto Tribunal, que si bien el derecho inherente de la circulación vial descansa por regla general en el principio de confianza ajustado a una normalidad del tráfico, según el cual todo participe de la circulación rodada que se

Puede suceder también que las causas que provocaron el resultado lesivo fueran imputables tanto al conductor como a la propia víctima. Como regla general, la exigencia de un deber reforzado de cautela para el sujeto activo impide que se produzca una degradación de la imprudencia a leve quedando extramuros del derecho penal. Imaginemos que un conductor observa a un anciano cruzando por un paso de peatones antirreglamentariamente (al estar en fase roja), pero no reduce la velocidad confiando en que el peatón va a alligerar la marcha: en el caso de que se produzca el accidente porque el anciano no aumenta el ritmo y el conductor no reduce su velocidad, el sujeto que crea el riesgo de accidente es el peatón, pero el conductor podría haberlo evitado, reduciendo la marcha⁵⁰. En este tipo de supuestos, el conductor no comete ninguna infracción grave prevista en la LSV pero, en cambio, sí vulnera los arts. 13 LSV y 45 RGC que albergan el principio de defensa en la conducción.

De otra parte, existen otros dos colectivos que, sin ser necesariamente discapacitados o menores, atendiendo a sus especiales condiciones de vulnerabilidad o fragilidad respecto a los vehículos a motor, merecen una mayor atención o cautela. Nos estamos refiriendo a los supuestos de "peatones" y "ciclistas", los cuales suelen ser los usuarios de la vía que sufren los efectos más graves de los accidentes de circulación. En ambos casos, la vulnerabilidad no viene determinada por una circunstancia personal del peatón o el ciclista (tales como la presencia de una discapacidad o una determinada edad) sino, más bien, por la "baja seguridad pasiva" que presentan respecto al resto de usuarios de la vía.

En cuanto a los peatones, son usuarios de la vía que están obligados a cumplir una serie reglas y normas previamente establecidas⁵¹. En consecuencia,

comporte reglamentariamente tiene derecho a esperar, en expectativa legítima, un comportamiento igualmente ajustado a la norma en los demás participantes en el tráfico vial, no es menos cierto, que este principio, puede ceder en casos determinados y excepcionales, en que por tratarse de zonas urbanas, con tránsito de niños —como es el caso—, personas de edad avanzada, minusválidos o cicloturistas, esté a su favor el llamado principio de defensa, es decir, que en presencia de aquellos se evidencia un peligro potencial tan notorio y cierto, que inmediatamente entra en vigor la normativa particular para el caso de riesgo anormal, implicando una absorción y/o degradación de la culpa de la concurrente en uno de los causantes del siniestro, cualquiera que sea su resultado.

50. Un supuesto parecido es que el juzga la SAP de Zaragoza, sección 3, núm. 328/2004, de 4 de octubre.
51. Principalmente las siguientes normas: A) LSV: Art. 49 Peatones: 1. El peatón debe transitar por la zona peatonal, salvo cuando ésta no exista o no sea practicable, en cuyo caso podrá hacerlo por el arcén o, en su defecto, por la calzada, en los términos que reglamentariamente se determine. 2. Fuera de poblado, y en tramos de poblado incluidos en el desarrollo de una carretera que no dispongan de espacio especialmente reservado para peatones, siempre que sea posible, la circulación de los mismos

se hará por su izquierda. 3. Salvo en los casos y en las condiciones que reglamentariamente se determinen, queda prohibida la circulación de peatones por autopistas y autovías. B) RGC: CAPÍTULO IV Peatones. Artículo 121 Circulación por zonas peatonales. Excepciones. 1. Los peatones están obligados a transitar por la zona peatonal, salvo cuando ésta no exista o no sea practicable; en tal caso, podrán hacerlo por el arcén o, en su defecto, por la calzada, de acuerdo con las normas que se determinan en este capítulo (artículo 49.1 del texto articulado). 2. Sin embargo, aun cuando haya arcén o, si éste no existe o no es transitable, por la calzada: a) El que lleve algún objeto voluminoso o empuje o arrastre un vehículo de reducidas dimensiones que no sea de estorbo considerable para los demás peatones. b) Todo grupo de peatones dirigido por una persona o que forme cortejo. c) El impedido que transite en silla de ruedas con o sin motor, a velocidad del paso humano. 3. Todo peatón debe circular por la acera de la derecha con relación al sentido de su marcha, y cuando circule por la acera o paseo izquierdo debe ceder siempre el paso a los que lleven su mano y no debe detenerse de forma que impida el paso por la acera a los demás, a no ser que resulte inevitable para cruzar por un paso de peatones o subir a un vehículo. 4. Los que utilicen monopatinos, patines o aparatos similares no podrán circular por la calzada, salvo que se trate de zonas, vías o partes de éstas que les estén especialmente destinadas, y sólo podrán circular a paso de persona por las aceras o por las calles residenciales debidamente señalizadas con la señal regulada en el artículo 159, sin que en ningún caso se permita que sean arrastrados por otros vehículos. 5. La circulación de toda clase de vehículos en ningún caso deberá efectuarse por las aceras y demás zonas peatonales. Artículo 122 Circulación por la calzada o el arcén. 1. Fuera de poblado, en todas las vías objeto de la ley, y en tramos de poblado incluidos en el desarrollo de una carretera que no disponga de espacio especialmente reservado para peatones, como norma general, la circulación de éstos se hará por la izquierda (artículo 49.2 del texto articulado). 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, la circulación de peatones se hará por la derecha cuando concurren circunstancias que así lo justifiquen por razones de mayor seguridad. 3. En poblado, la circulación de peatones podrá hacerse por la derecha o por la izquierda, según las circunstancias concretas del tráfico, de la vía o de la visibilidad. 4. No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 3, deberán circular siempre por su derecha los que empujen o arrastren un ciclo o ciclomotor de dos ruedas, carros de mano o aparatos similares, todo grupo de peatones dirigido por una persona o que forme cortejo y los impedidos que se desplacen en silla de ruedas, todos los cuales habrán de obedecer las señales dirigidas a los conductores de vehículos: las de los agentes y semáforos, siempre; las demás, en cuanto les sean aplicables. 5. La circulación por el arcén o por la calzada se hará con prudencia, sin entorpecer innecesariamente la circulación, y aproximándose cuanto sea posible al borde exterior de aquéllos. Salvo en el caso de que formen un cortejo, deberán marchar unos tras otros si la seguridad de la circulación así lo requiere, especialmente en casos de poca visibilidad o de gran densidad de circulación de vehículos. 6. Cuando exista refugio, zona peatonal u otro espacio adecuado, ningún peatón debe permanecer detenido en la calzada ni en el arcén, aunque sea en espera de un vehículo, y para subir a éste, sólo podrá invadir aquélla cuando ya esté a su altura. 7. Al apercebirse de las señales ópticas y acústicas de los vehículos prioritarios, despejarán la calzada y permanecerán en los refugios o zonas peatonales. 8. La circulación en las calles residenciales debidamente señalizadas con la señal S-28 regulada en el artículo 159 se ajustará a lo dispuesto en dicha señal. Artículo 123 Circulación nocturna Fuera del poblado, entre

cuando el peatón cometa una infracción y genere un riesgo de accidente que el conductor no puede prever ni evitar, el deber de defensa o conducción defensiva de este último no exonera al primero de comportarse de forma adecuada y diligente⁵². En cambio, el principio de defensa adquiere relevancia en aquellos supuestos en los que el conductor, debido a la cercanía de peatones en la vía, estaba obligado a tomar mayores precauciones que hubiesen podido evitar la producción del resultado. Tales cautelas extraordinarias o especiales

el ocaso y la salida del sol o en condiciones meteorológicas o ambientales que disminuyan sensiblemente la visibilidad, todo peatón, cuando circule por la calzada o el arcén, deberá ir provisto de un elemento luminoso o retro reflectante homologado y que responda a las prescripciones técnicas contenidas en el Real Decreto 1407/1992, de 20 de noviembre, por el que se regulan las condiciones para la comercialización y libre circulación intracomunitaria de los equipos de protección individual, que sea visible a una distancia mínima de 150 metros para los conductores que se le aproximen, y los grupos de peatones dirigidos por una persona o que formen cortejo llevarán, además, en el lado más próximo al centro de la calzada, las luces necesarias para precisar su situación y dimensiones, las cuales serán de color blanco o amarillo hacia adelante y rojo hacia atrás y, en su caso, podrán constituir un solo conjunto. Artículo 124 Pasos para peatones y cruce de calzadas. 1. En zonas donde existen pasos para peatones, los que se dispongan a atravesar la calzada deberán hacerlo precisamente por ellos, sin que puedan efectuarlo por las proximidades, y cuando tales pasos sean a nivel, se observarán, además, las reglas siguientes: a) Si el paso dispone de semáforos para peatones, obedecerán sus indicaciones. b) Si no existiera semáforo para peatones pero la circulación de vehículos estuviera regulada por agente o semáforo, no penetrarán en la calzada mientras la señal del agente o del semáforo permita la circulación de vehículos por ella. c) En los restantes pasos para peatones señalizados mediante la correspondiente marca vial, aunque tienen preferencia, sólo deben penetrar en la calzada cuando la distancia y la velocidad de los vehículos que se aproximen permitan hacerlo con seguridad. 2. Para atravesar la calzada fuera de un paso para peatones, deberán cerciorarse de que pueden hacerlo sin riesgo ni entorpecimiento indebido. 3. Al atravesar la calzada, deben caminar perpendicularmente al eje de ésta, no detenerse ni detenerse en ella sin necesidad y no entorpecer el paso a los demás. 4. Los peatones no podrán atravesar las plazas y glorietas por su calzada, por lo que deberán rodearlas. Artículo 125 Normas relativas a autopistas y autovías. 1. Queda prohibida la circulación de peatones por autopistas y autovías, salvo en los casos y condiciones que se determinan en los apartados siguientes. Los conductores de vehículos que circulen por autopistas o autovías deberán hacer caso omiso a las peticiones de pasaje que reciban en cualquier tramo de ellas, incluidas las explanadas de estaciones de peaje. 2. Si por accidente, avería, malestar físico de sus ocupantes u otra emergencia tuviere que inmovilizarse un vehículo en una autopista o autovía y fuese necesario solicitar auxilio, se utilizará el poste de socorro más próximo, y si la vía no estuviese dotada de este servicio, podrá requerirse el auxilio de los usuarios, sin que ninguno de los ocupantes del vehículo pueda transitar por la calzada. 3. Los ocupantes o servidores de los vehículos de los servicios de urgencia o especiales podrán circular por las autopistas y autovías siempre que sea estrictamente indispensable para la prestación del correspondiente servicio y adopten las medidas oportunas para no comprometer la seguridad de ningún usuario.

52. Como analizábamos *supra*, en determinados casos la cuestión deberá resolverse en el ámbito de la imputación objetiva sin llegar a valorarse si el conductor respetó o salvaguardó el principio de defensa o conducción defensiva.

aparecen recogidas en la propia normativa de seguridad vial, concretamente, en el art. 25 LSV donde se establecen los supuestos en los que el peatón tiene preferencia respecto al conductor de un vehículo y en el art. 46 RGC donde se advierte que el conductor debe moderar su velocidad cuando se aproxime a un tramo de la vía en la que circulen peatones o pueda preverse su presencia:

Art. 25 LSV. 1. El conductor de un vehículo tiene preferencia de paso respecto de los peatones, salvo en los casos siguientes: a) En los pasos para peatones. b) Cuando vaya a girar con su vehículo para entrar en otra vía y haya peatones cruzándola, aunque no exista paso para éstos. c) Cuando el vehículo cruce un arcén por el que estén circulando peatones que no dispongan de zona peatonal. d) Cuando los peatones vayan a subir o hayan bajado de un vehículo de transporte colectivo de viajeros, en una parada señalizada como tal, y se encuentren entre dicho vehículo y la zona peatonal o refugio más próximo. e) Cuando se trate de tropas en formación, filas escolares o comitivas organizadas. 2. En las zonas peatonales, cuando el vehículo las cruce por los pasos habilitados al efecto, el conductor tiene la obligación de dejar pasar a los peatones que circulen por ellas.

Art. 46 RGC: Moderación de la velocidad. Casos. 1. Se circulará a velocidad moderada y, si fuera preciso, se detendrá el vehículo cuando las circunstancias lo exijan, especialmente en los casos siguientes: a) Cuando haya peatones en la parte de la vía que se esté utilizando o pueda preverse racionalmente su irrupción en ella, principalmente si se trata de niños, ancianos, invidentes u otras personas manifiestamente impedidas.

En definitiva, cuando el conductor circule por una vía, fundamentalmente, en una zona urbana, frecuentada por peatones estará obligado a aumentar su cautela, precaución y diligencia. En consecuencia, cuando el accidente se produce en aquellos lugares en los que el peatón tiene preferencia de paso respecto al conductor del vehículo, la imprudencia suele ser calificada como grave, ya que, el conductor no solo infringió la norma que obliga a detenerse en un paso de peatones sino también el principio de conducción defensiva que exige una mayor o especial diligencia⁵³.

En cambio, cuando el accidente se deba a un mero despiste o desatención del conductor, que difícilmente hubiese evitado el más diligente de los conductores, la imprudencia será considerada leve pero, aplicando el principio de conducción defensiva, podrá considerarse como menos grave. Recientemente,

⁵³. Véase, entre otras, la SAP Burgos, sección 1.ª, núm. 471/2015, 4 de diciembre, SAP Cádiz, sección 8.ª, núm. 375/2015, 16 de octubre, SJP Pamplona, núm. 3, 253/2015, de 1 de junio, SAP Burgos, sección 1.ª, núm. 244/2013, 16 de mayo, SAP Badajoz, sección 1.ª, núm. 54/2012, de 16 de abril, que afirma de forma contundente: el atropello de un peatón con resultado de muerte en un paso de cebra, y más tratándose de anciano y niños, tiene la consideración de imprudencia grave, nunca de carácter leve, por lo que la infracción cometida no puede degradarse a falta, SAP La Rioja, núm. 53/2002, 21 de marzo, STS, núm. 1550/2000, de 10 de octubre.

la SAP, núm. 135/2019, de 8 de abril, que incorpora la reforma de la LO 2/2019, considera como homicidio por imprudencia menos grave el supuesto de un conductor de un camión que se detiene en un paso de peatones pero al reanudar la marcha no se percata de que un peatón se le ha situado a la derecha y lo atropella causándole la muerte. A priori, se trata de un mero descuido que debería ser considerado como leve, pero el hecho de que el atropello se produzca en un paso de peatones es fundamental para considerar la imprudencia como menos grave. Expresado en términos del propio tribunal, “se trata de un mero descuido pero el principio de conducción defensiva obliga al conductor a extremar su cuidado”.

Por lo que se refiere a los ciclistas, la preocupación por su seguridad ha aumentado en los últimos años de forma paralela a la mayor visibilidad de la problemática, así como a la mayor atención por parte de los medios de comunicación. No en vano, la Proposición de ley de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal, en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor y sanción del abandono del lugar del accidente, presentada por el Grupo Parlamentario Popular el 22 de junio de 2017, finalmente aprobada mediante LO 2/2019, de 1 de marzo, responde, fundamentalmente, a la alarma social generada por el fallecimiento de ciclistas en accidentes de circulación en los últimos años⁵⁴.

Al igual que sucede con los peatones, los ciclistas, como usuarios de las vías, están obligados a respetar una serie de normas de circulación que les afectan directamente. Así, el art. 17.1 LSV les obliga, en caso de no existir vía o parte de ella que les esté especialmente destinada, a circular “por el arcén de su derecha, si fuera transitable y suficiente, y, si no lo fuera, debe utilizar la parte imprescindible de la calzada”. No obstante, el conductor de la bicicleta podrá “superar la velocidad máxima fijada reglamentariamente para estos vehículos en aquellos tramos en los que las circunstancias de la vía aconsejen desarrollar una velocidad superior, pudiendo ocupar incluso la parte derecha a la calzada que necesite, especialmente en descensos prolongados con curvas”. El art. 36.2 RGC permite que circulen en posición paralela, aunque “en columna de a dos, orillándose todo lo posible al extremo derecho de la vía y

54. De esta forma, en la Toma de Consideración de la propuesta, su ponente, Matos Mascareño comenzaba la intervención de la siguiente forma: “Señora presidenta, señorías, permítanme que comience mi intervención dando la bienvenida a este Congreso de los Diputados a Ana González, impulsora de la plataforma «Por una ley justa». Ana González está aquí, en este debate de toma en consideración de esta proposición de ley, por una sola razón, porque esta va a ser su ley. Suyo fue su dolor, suya fue su rebeldía, suyo fue su tesón y su lucha, y suya, por tanto, será esta ley. También lo será de todos los apasionados de la bicicleta, sean aficionados o profesionales, que la han apoyado”. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, sesión, núm. 68, celebrada el 12 de septiembre de 2017 (aprobada con ningún voto en contra).

colocándose en hilera en tramos sin visibilidad, y cuando formen aglomeraciones de tráfico. En las autovías sólo podrán circular por el arcén, sin invadir la calzada en ningún caso”.

Por lo que se refiere a la tutela y protección de los ciclistas, la normativa de seguridad vial viene a equipararlos a los peatones, disponiendo una serie de medidas tuitivas para ambos colectivos. Así, también aparecen recogidos en el art. 46 RGC como supuestos en los que debe moderarse la velocidad o incluso detener el vehículo: “al aproximarse a ciclos circulando, así como en las intersecciones y en las proximidades de vías de uso exclusivo de ciclos y de los pasos de peatones no regulados por semáforo o agentes de la circulación, así como al acercarse a mercados, centros docentes o a lugares en que se previsible la presencia de niños”.

De igual forma, el art. 35.4 LSV impone una serie de cautelas especiales que refuerzan la tutela o protección del ciclista como colectivo vulnerable:

“4.- El conductor de un automóvil que pretenda realizar un adelantamiento a un ciclo o ciclomotor, o conjunto de ellos, debe realizarlo ocupando parte o la totalidad del carril contiguo o contrario, en su caso, de la calzada y guardando una anchura de seguridad de, al menos, 1,5 metros. Queda prohibido adelantar poniendo en peligro o entorpeciendo a ciclistas que circulen en sentido contrario, incluso si esos ciclistas circulan por el arcén”.

Fundamentalmente, los dos últimos preceptos –el art. 46.b RGC y el art. 35.4 LSV– son los que vienen a configurar el principio de conducción defensiva en relación con los ciclistas. La vulneración de dicho principio de conducción defensiva puede implicar la calificación del comportamiento diligente como grave y, en algunos casos, neutralizar la posible conducta antirreglamentaria del propio ciclista, impidiendo exonerar al conductor su responsabilidad por el accidente.

Como en el supuesto de los peatones, deberá verificarse que el resultado era objetivamente imputable al conductor. En consecuencia, la mera infracción del principio de defensa no bastará para atribuir el resultado lesivo al conductor, sino que deberá acreditarse que pudo prever y evitar el mismo, pero no lo hizo al no desplegar los deberes que le exigían la conducción defensiva en este supuesto concreto. Nuevamente, debe insistirse: cuando el conductor no podía evitar el resultado, incluso “conduciendo defensivamente”, por ser un riesgo creado o generado por el propio ciclista u otro usuario de la vía, no tendrá responsabilidad penal alguna.

En aquellos casos en los que el sujeto activo pudo haber evitado el resultado, debe analizarse si se desplegó la conducción defensiva que se exige cuando en la vía circulan colectivos con especial protección. La jurisprudencia se inclina, de forma general, por calificar como grave aquellos

comportamientos en los que se vulnera o quebranta el principio de defensa en la conducción. Así, recientemente, la SAP Zaragoza, sección 6.^a, núm. 139/2017, de 8 de mayo, califica como homicidio por imprudencia grave el atropello del conductor del camión a un ciclista que circulaba por el lado izquierdo del arcén. El tribunal –que advierte que el ciclista debía circular por el lado derecho del arcén– entiende que el comportamiento imprudente del conductor merece la calificación de grave al no tener: “la previsión de la circunstancia posible, como enseña la experiencia, de que pudiera producirse un cierto desplazamiento de la víctima, y pudiendo haberle rebasado por el segundo carril de la izquierda no lo hizo, continuando por aquel por el que circulaba pegado al arcén y sin estar atento a la circulación del ciclista (...) es evidente también que dentro del arcén el ciclista podía circular pegado a su derecha, como dice el Reglamento General de Circulación, por el centro o por el lado izquierdo, pero siempre sin invadir la calzada, y esas posibilidades eran más patentes cuando, como sucedía en el presente, había dos carriles de circulación en el mismo sentido. Cualquier conductor podía saber que el ciclista podía cambiar su posición y que la sencilla maniobra de cambiarse al otro carril conjuraba todo riesgo, y ese cambio pudo hacerse al estar libre ese carril, tal y como declaran el mismo encartado y los testigos presenciales. No se trataba de una previsión solo al alcance de los más cuidadosos, sino también de los que no lo fueran. La omisión del deber objetivo de cuidado y la falta de previsión fueron graves”.

La existencia de un deber reforzado de cautela que exige una mayor diligencia cuando estén presentes en la vía los colectivos vulnerables implica o conlleva necesariamente a afirmar que la desatención de tales deberes constituye, por sí misma, una falta de diligencia grave. No son pocas las decisiones de los tribunales que califican como grave los meros despistes cuando suponen el fallecimiento o las lesiones de ciclistas. Recientemente, podemos citar la SAP Soria, sección 1.^a, núm. 9/2015 de 2 de febrero, que aborda el supuesto del atropello de una ciclista menor de edad por un conductor que no percibe su presencia: “En el informe técnico de la Guardia Civil sobre las posibles causas del accidente, se aceptan que concurrieron dos causas: 1.– distracción momentánea del conductor, y 2.– no guardar distancia de seguridad por parte del conductor del turismo al adelantar o rebasar a las ciclistas (...) “consideramos que hay que tener en cuenta que el accidente se produjo en una recta con gran visibilidad, en horas diurnas y con buen tiempo, que el conductor vio a las ciclistas con antelación, lo que es acreditativo de la previsibilidad del riesgo, pese a lo cual no se alejó del arcén, y en lugar de prestar la atención debida según dichas circunstancias, tuvo una distracción momentánea que supuso la invasión del arcén precisamente cuando estaba a pocos metros de las ciclistas, atropellando a Marina y causando el luctuoso suceso. Por ello, estimamos que la conducta excede de una mera imprudencia leve y debe ser calificada como

grave y por tanto constitutiva del delito de homicidio por imprudencia del art. 142 CP".

Como se observa, el propio tribunal reconoce que la causa del accidente es un mero despiste, lo que, normalmente, se viene considerado como falta mínima o leve de la diligencia debida pero que, en esta ocasión, basta, en cambio, la propia presencia de ciclistas en la calzada para calificar la imprudencia como grave.

1.2. Situaciones peculiares debido a las condiciones de la vía, la visibilidad y/o las circunstancias del tráfico

El principio de conducción defensiva también puede apreciarse en otros grupos de supuestos en los que las condiciones de la vía, la propia visibilidad o las circunstancias del tráfico exigían al conductor desplegar un mayor deber de cuidado.

A continuación, nos detenemos, a modo de ejemplo, en tres grupos de supuestos, con especial incidencia en la práctica forense, en los que el tribunal o juzgador aprecia una vulneración del principio de defensa a la hora de valorar la conducta negligente del conductor:

- A) Conductor que no reduce la velocidad en una zona de pubs y locales nocturnos atropellando a dos personas que se encontraban hablando en la propia calzada. Resulta habitual que en las zonas de ocio de las ciudades se acumulen, fundamentalmente de noche, personas en las puertas de pubs y locales que, debido al tamaño reducido de las aceras, acaben invadiendo la calzada. No obstante, el hecho de que los peatones se encuentren de forma antirreglamentaria en la calzada no autoriza al conductor a obviar su presencia, exigiéndose en estos casos una conducción defensiva que obliga a reducir especialmente la velocidad e, incluso, si es necesario a detener el vehículo. En estos casos, no cabe duda de que el principio de conducción defensiva se impone al principio de confianza⁵⁵.
- B) Conductor que no reduce la velocidad en una calzada normalmente muy transitada por peatones con varios pasos de peatones y atropella a un individuo que cruza por un lugar no habilitado al efecto. Nos encontramos en vías, normalmente avenidas, muy largas que dividen zonas con mucha afluencia de peatones. En estos casos, suele ser frecuente que el peatón cruce la calzada no solo por el paso de peatones correspondiente sino también por otros lugares no habilitados

55. SJP, n.º 3 de Pamplona, núm. 170/2017, de 20 de junio, SAP Salamanca, sección 1.ª, núm. 82/2014, de 14 de julio, SAP Zaragoza, sección 3.ª, núm. 139/2013, de 21 de junio.

pero que están próximos a los pasos de peatones⁵⁶. La frecuencia de este tipo de infracciones por parte de los peatones y la importante afluencia de peatones exige nuevamente una conducción defensiva que viene a configurar un especial o reforzado deber de cuidado⁵⁷.

- C) Conductor que circula a una velocidad excesiva y atropella a un peatón que cruza un paso de peatones en fase semafórica roja⁵⁸. De forma similar al supuesto anterior, existen pronunciamientos judiciales que castigan al conductor que atropella a un peatón, incluso, cuando cruzaba la calzada con un semáforo en rojo. Nuevamente, el principio de defensa o de conducción defensiva resulta determinante

56. En sentido contrario, la SAP Madrid (sección 30.ª), 1126/2016 de 30 de noviembre, exculpa al conductor del vehículo que atropella a un peatón que cruza de forma indebida por el Paseo de la Castellana en Madrid al primar el principio de confianza en la circulación: el lugar en el cual tuvo lugar el atropello del peatón no solo no era habilitado para el paso de estos sino que el tránsito de peatones por tal vía estaba terminantemente prohibido. No podemos olvidar que se trata esta de una vía o arteria principal de circulación de la capital, con nada menos que tres carriles principales en cada sentido de circulación en los cuales a su vez confluyen un carril bus-taxi y otros de incorporación a esta vía preferente desde los laterales del Paseo de la Castellana. Los pasos de peatones más próximos al peatón atropellado estaban situados –según el informe aportado– a 230 metros, el de la zona norte y, el situado en la zona sur, a 145 metros. El conductor del taxi salía del túnel por el carril derecho de los tres existentes en su sentido de circulación, en sentido ascendente y con cambio de rasante, era de noche y había iluminación que, aunque suficiente, era artificial; y al final del cambio de rasante, donde confluyen los tres carriles de ese sentido de su dirección con un carril bus y otro de incorporación a esta vía preferente del lateral del Paseo de la Castellana, apareció el peatón por su izquierda. La visibilidad de lo que podía estar ocurriendo en los carriles de sentido contrario al suyo (que necesariamente tenía que haber atravesado ya el peatón, era completamente nula o mínima y además era imprevisible para cualquier conductor que un peatón apareciera en la vía por la que circulaba, tampoco que fuera a travesar la misma sorteando los vehículos que la utilizaban, andando o corriendo, es irrelevante. Qué duda cabe que en tales condiciones las posibilidades de reacción son mínimas y azarosas. El propio perito de parte considera obvio en el caso que el peatón atropellado pudo perfectamente evitar el accidente, de haber cruzado la calzada por los pasos de peatones regulados por semáforos (a gran distancia del lugar por el cual él decidió atravesar tan peligrosa arteria de tráfico). (...) No podemos dejar de recordar que el tráfico rodado de vehículos destaca, ante todo, dos principios que constituyen el soporte de todas las apreciaciones sobre la conducta diligente. Uno es el denominado “principio de la conducción dirigida” a tenor del cual quienes manejan un vehículo de motor deben en todo momento ser dueños del movimiento del mismo; y, otro, el llamado “principio de confianza o seguridad en el tráfico” conforme al cual el conductor prudente no solo sólo actúa según el antes expresado sino que se halla en situación de esperar de los demás un comportamiento idóneo y paralelo al suyo, en legítima expectativa.
57. SAP Guipúzcoa, sección 3.ª, núm. 13/2015, de 17 de febrero que aborda un supuesto especialmente problemático, ya que, el comportamiento antirreglamentario de la víctima influye necesariamente en la creación del riesgo, aunque, dicha circunstancia no autoriza a que el conductor pueda vulnerar el principio de conducción defensiva.
58. SAP Alicante, sección 2.ª, núm. 124/2009, de 26 de enero.

para imputar al conductor el resultado producido: "...no nos encontramos ante una irrupción inopinada de la peatón en la calzada que sorprende al conductor del vehículo sin posibilidad de reacción, sino que, por el contrario, el acusado dispuso de tiempo y espacio suficiente para percibir la presencia del grupo de peatones –entre los que se encontraba la fallecida– que pretendía cruzar el paso de peatones, siendo perfectamente previsible que alguno de ellos pudiera invadir la calzada (...), el artículo 45 del mismo cuerpo legal manifiesta que todo conductor está obligado a respetar los límites de velocidad establecidos y a tener en cuenta, además, sus propias condiciones físicas y psíquicas, las características y el estado de la vía, del vehículo y de su carga, las condiciones meteorológicas, ambientales y de circulación, y, en general, cuantas circunstancias concurren en cada momento, a fin de adecuar la velocidad de su vehículo a ellas, de manera que siempre pueda detenerlo dentro de los límites de su visión y ante cualquier obstáculo que pueda presentarse, señalando expresamente el artículo 46 que se circulará a velocidad moderada y, si fuera preciso, se detendrá el vehículo cuando las circunstancias lo exijan, especialmente –entre otros– (...) el acusado, conociendo las características del paso de peatones por tener muy próximo su domicilio, lo atravesó a una velocidad notablemente superior a la aconsejada por las circunstancias, no aminorando la velocidad a pesar de que tuvo tiempo para ello desde que el grupo de peatones apareció en su campo de visión”.

No puede negarse que nos encontramos ante supuestos especialmente discutibles, donde la entidad de la gravedad de la imprudencia puede oscilar entre grave y menos grave pero en los que la aplicación del principio de defensa o conducción defensiva impiden la exculpación del conductor y ello a pesar de la conducta antirreglamentaria de los peatones.

En definitiva, el principio de defensa o desconfianza en el ámbito del tráfico viario obliga al conductor a guardar una especial cautela o diligencia frente a determinados colectivos vulnerables. Cuando no se produce dicha conducción defensiva y el accidente acaba produciéndose, podemos afirmar que en la mayoría de supuestos nos encontraremos ante un comportamiento imprudente por parte del sujeto activo.

IV. LA CONTRIBUCIÓN DE LA VÍCTIMA A LA PRODUCCIÓN DEL RESULTADO. LA CONCURRENCIA DE CULPAS EN EL TRÁFICO VIARIO

Tradicionalmente, estos supuestos, en los que actúan de forma negligente tanto el sujeto activo como la víctima, se abordaban a través de la figura

denominada como "compensación de culpas", en virtud de la cual, se negaba cualquier tipo de eficacia en el ámbito penal a la contribución de la víctima en la producción del resultado, quedando circunscrita la misma al terreno de la indemnización civil^{59/60}.

Una interpretación jurisprudencial posterior supuso un claro cambio en la forma de abordar tales supuestos problemáticos, abriendo un importante abanico de posibilidades ante la concurrencia de culpas del sujeto activo y la víctima⁶¹:

- a) Degradando la responsabilidad del sujeto activo o agente de la conducta.
- b) Moderando el "quantum" de la indemnización de acuerdo con la incidencia que haya tenido el comportamiento imprudente del sujeto pasivo en la producción del daño sobrevenido.
- c) Muy excepcionalmente, en supuestos de culpa concurrente de gran magnitud, eliminando la responsabilidad penal y civil del que inicialmente se calificó como responsable del delito.

Finalmente, la jurisprudencia más reciente parece regresar a la posición primigenia que defiende la irrelevancia de la concurrencia de culpas a efectos de fijar la responsabilidad penal del autor de delito, en aras de defender los intereses de la víctima⁶². Sin embargo, dicha opción no es

59. Sobre esta cuestión, véase, con mayor detenimiento SERRANO MAILLO (1996), *La compensación en derecho penal*, p. 5). Posición que se superó, según explica JOSHI JUBERT (1989): Concurrencia de culpas y conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas (Comentario a la STS de 25 de octubre de 1988), porque "no tener en cuenta en ningún caso la conducta de la víctima, no es aceptable puesto que infringe el principio de culpabilidad y significa además una vuelta a la doctrina del *versari in re illicita*, imposible ya de sostener a partir de la reforma parcial y urgente del Código penal de 1983. En efecto, no tener en cuenta la conducta imprudente de la víctima significa resucitar la vieja doctrina del *versari in re illicita*. Como es sabido, esta figura permitía atribuir a su autor todas las consecuencias de una conducta inicial ilícita. Y esto es lo que ocurre si no se tiene en cuenta la conducta imprudente de la víctima: se atribuyen al autor que infringe una norma de cuidado todas las consecuencias de esta infracción aunque no fuera previsible", pp. 732-733.

60. Explica la evolución del tratamiento que los tribunales han otorgado a la figura de forma especialmente ilustrativa, la SAP núm. 569/2007 de 30 de noviembre.

61. Véase entre otras las SSTS de 22 de diciembre de 1970, 4 de junio y 4 de diciembre de 1971, 289 de diciembre de 1972, 5 de enero de 1973, 16 de mayo, 23 de octubre y 15 de noviembre de 1974, 14 y 23 de abril y 18 de marzo de 1975, 26 de junio y 28 de septiembre de 1979, 28 de enero y 5 de diciembre de 1980, 26 de enero y 2 de febrero de 1981, 31 de julio y 10 de diciembre de 1982, 24 de marzo de 1983, 28 de mayo de 1984, 18 de diciembre de 1985, 25 de septiembre de 1986, 30 de mayo y 25 de octubre de 1988 y 29 de febrero de 1992.

62. Se citan entre otras a las SSTS de 8 de febrero de 1991, 22 de septiembre de 1999, 19 de octubre de 2000, 24 de abril, 17 de mayo, 5 de septiembre y 17 de octubre de 2001 y 18 de marzo de 2002.

absoluta ni unánime, ya que, se siguen admitiendo casos en los que la intervención de la víctima en la producción del resultado puede degradar la imprudencia e, incluso, excluir, la responsabilidad penal del sujeto activo.

A grandes rasgos, podemos encontrar tres grupos de supuestos en los que la influencia de la contribución de la víctima en la producción del resultado tiene un alcance diverso:

- a) El primer grupo estaría formado por aquellos casos en los que el resultado se produce exclusivamente por el riesgo generado o creado por el agente de la conducta. A modo ejemplo, pensemos en el albañil sin casco que muere aplastado por el derrumbamiento de un edificio no apuntalado convenientemente antes de empezar la obra; o, en el ámbito de la circulación, el ciclista que, circulando en dirección contraria por el arcén, es arrollado por el vehículo cuyo conductor pierde el control a causa de circular bajo los efectos del alcohol y las drogas⁶³. En ambos casos, la conducta imprudente de la víctima no interfiere en modo alguno en la producción del resultado y, en consecuencia, no debe afectar a la responsabilidad penal del sujeto que actuó negligentemente.
- b) El segundo grupo estaría formado por aquellos casos en los que el resultado se realiza exclusivamente por el riesgo creado por la víctima, sin interferir la conducta negligente del sujeto activo en el mismo. En estos casos, el resultado producido nada tiene que ver con la infracción del deber de objetivo cuidado por el sujeto activo. Imaginemos el supuesto del individuo que conduce su vehículo bajo los efectos del alcohol y atropella mortalmente a otro sujeto que, con el objetivo de suicidarse, se le abalanza súbitamente sobre el coche. En esta ocasión, el conductor que, conducía bajo los efectos del alcohol, no responderá del resultado producido, el cual, es la concreción del riesgo creado exclusivamente por la víctima. Desde la óptica del deber objetivo de cuidado, el resultado producido no le interesa al derecho penal porque no era uno de los que trataban de evitar la norma de cuidado en la conducción⁶⁴.
- c) El tercer grupo estaría formado por aquellos supuestos en los que en el resultado concurren tanto el riesgo creado por el agente de la conducta como el generado por la propia víctima. Por ejemplo, imaginemos la muerte de un trabajador que, sin haberse anclado el cinturón, cae al vacío por el desplome de un andamio que no estaba estabilizado

63. STS n.º 636/2002, de 15 de abril.

64. CEREZO (2004), *PG*, p. 173.

correctamente⁶⁵. La solución al caso se presenta compleja, ya que, el riesgo se crea por la no estabilización del andamio, pero si el trabajador se hubiese anclado el cinturón de seguridad que portaba no se habría producido la caída.

En puridad, es en el último grupo de casos en los que se produce una concurrencia de riesgos y culpas⁶⁶, resultando necesario modular de alguna forma la responsabilidad del sujeto activo. Como advierte, CORCOY: “no es lo mismo la gravedad de la infracción del sujeto que, por ir desatento, alcanza por detrás a un vehículo que ha frenado de forma brusca, de la de aquél que se salta un semáforo en rojo a toda velocidad, en un cruce de carreteras. El riesgo creado por uno y otro tiene una magnitud totalmente distinta, pese que en ambos casos, pueden estar amenazados los mismos bienes jurídicos. En el caso de que se afirme en ambos las relación de autoría, y de riesgo, es necesario arbitrar una medida que refleje la distinta gravedad del injusto en uno y otro caso, aun cuando el resultado lesivo efectivamente producido sea idéntico”⁶⁷.

Mayoritariamente, la doctrina resuelve estos supuestos en el seno o contexto de la teoría de la imputación objetiva, entendiendo que cuando la participación de la víctima en el resultado no tiene la suficiente entidad para excluir la imputación objetiva pero, en cambio, resulta determinante para explicar la producción del resultado, resulta adecuado degradar la gravedad de la imprudencia⁶⁸. Pues bien, en este tipo de casos, en los que la conducta de la víctima influye en la producción del resultado, adquiere una especial relevancia la nueva clasificación otorgada a la imprudencia⁶⁹, ya que, la degradación de la imprudencia grave ya no se produce a la leve sino a la menos grave, lo que,

65. SAP, Burgos, núm. 185/2002, de 20 de abril.

66. En efecto, puede afirmarse que en los primeros dos grupos de supuestos no hay concurrencia de culpas, ya que, el comportamiento imprudente de uno de los dos intervinientes (sujeto activo o víctima) nada tiene que ver con el resultado final, por lo que se excluye la imputación objetiva del mismo. Véase, en este sentido, en el ámbito laboral, con amplias referencias jurisprudenciales, CASTIÑEIRA, LLOBET y MONTANER (2005a), Accidentes de trabajo, medidas de seguridad y concurrencia de culpas: criterios jurisprudenciales, *In Dret*, núm. 3. Excluye también estos grupos de supuestos de la concurrencia de riesgos CANCIO (2008), Aproximación a la teoría e imputación objetiva, en SERRANO-PEDECASAS/DEMETRIO CRESPO, *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, p. 441. Aborda la problemática, proponiendo varios ejemplos, MIR (2015), *PG*, p. 307.

67. CORCOY (2016), *El delito imprudente*, p. 358.

68. Solución que propone, entre otros, CANCIO (2008), *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, p. 347. Con carácter previo, ya se había expresado de esta forma CORCOY (2016: 359). A idéntica solución otros autores que no se centran en la imputación objetiva del resultado sino en la menor infracción de la norma de cuidado del sujeto activo que existe cuando la víctima también se comporta imprudentemente, véase, DIEZ RIPOLLÉS (2016), *PG*, p. 220.

69. Como adelantaba DIEZ RIPOLLES (2016), *PG*, p. 220.

implica una mayor respuesta penal. No obstante, debe recordarse como la degradación está vetada, tras la reforma operada por la LO 2/2019, para los supuestos conducción imprudente por exceso de velocidad o de conducción ética.

V. LA IMPRUDENCIA GRAVE, MENOS GRAVE Y LEVE EN LA PRÁCTICA FORENSE EN EL TRÁFICO VIARIO

La intervención del legislador reformista mediante LO 2/2019, de 1 de marzo, aproxima la regulación de la imprudencia, prevista en los art. 142 y 152 cp., a una especie de normativa penal en blanco que, en el caso de la grave, remite al art. 379 CP y, en el caso de la imprudencia menos grave, a las infracciones graves a la LSV. En efecto, la nueva regulación aboca a una determinada interpretación que difícilmente puede evitarse y puede conducir a soluciones como mínimo polémicas. Concretamente, la nueva redacción de la norma obliga a las siguientes soluciones:

En primer lugar, la conducción en las circunstancias previstas por el art. 379 cp. (conducción ética, conducción bajo los efectos del alcohol o de las drogas y conducción a velocidad excesiva) que determine la producción de un fallecimiento o de lesiones para otras personas será considerada indefectiblemente como imprudencia grave del art. 142.1 cp. o del art. 152.1 cp. En estos casos, se dispone una interpretación auténtica que obliga al juzgador o tribunal a considerar la imprudencia como grave “en todo caso”, impidiendo degradar la misma en los casos en los que la producción del resultado venga determinada por otra causa, como la propia actuación de la víctima.

En segundo lugar, la conducción que no suponga previamente una infracción del art. 76 LSV no podrá formar parte del catálogo o ámbito de la imprudencia menos grave. La utilización de los términos “siempre que” en los arts. 142.2 y 152.2 cp. impide que pueda castigarse como imprudencia menos grave comportamientos que no hayan infringido la norma administrativa citada, ya que, se incurriría en una clara interpretación contra reo.

Sin duda, el esfuerzo del legislador del año 2019 por dotar de seguridad jurídica a la imprudencia es loable pero desafortunado, ya que, puede desembocar en situaciones, como mínimo, paradójicas (v.gr. la conducción superando las tasas del alcohol reglamentarias pero no las previstas en el art. 379 cp. es una infracción muy grave de la LSV por lo que, nunca podrá considerarse imprudencia menos grave; en cambio, la conducción que superando 1 km/h los límites de velocidad provoca un accidente, forma parte de la imprudencia menos grave).

Sea como fuere, pretender fijar un criterio estándar para valorar la imprudencia es especialmente difícil debido a la propia complejidad del propio tráfico viario y de todas las circunstancias que pueden rodear el caso concreto, como la actuación de la víctima, el estado de la vía y del vehículo, la capacidad y preparación del conductor, entre otras. No cabe duda de que la mayoría de operadores jurídicos se van a resistir al resurgimiento de la imprudencia con infracción de reglamentos, para seguir enjuiciando el hecho negligente en virtud de la existencia o no de una infracción del deber de cuidado, atendiendo al mayor o menor riesgo que genera la conducta del sujeto activo. En este sentido, la comisión de varias o múltiples infracciones graves a la LSV puede resultar un “indicio poderoso” para valorar tanto la existencia de una falta de diligencia debida como su intensidad, debiéndose tener en cuenta, muy especialmente, el carácter de la norma lesionada y el número de preceptos infringidos⁷⁰.

En las siguientes páginas he seleccionado una serie de maniobras o situaciones especialmente peligrosas para valorar cuál ha sido la respuesta de los tribunales. La casuística en la materia resulta inabarcable, por lo que, solo se aportan una serie de casos que pueden ser ilustrativos de cómo operan los tribunales ante distintas situaciones en el tráfico viario que acaban provocando resultados lesivos. La pretensión no es otra que aportar criterios que puedan servir de orientación al operador jurídico a la hora de valorar la gravedad de la imprudencia en aquellos casos similares o parecidos a los aquí planteados.

1. ACCIONES PELIGROSAS

1.1. Adelantamientos

A. *Imprudencia grave*

Los tribunales vienen considerando como imprudencia grave las lesiones o fallecimientos producidos por la realización de adelantamientos prohibidos que infringen el art.37 LSV. A continuación se exponen algunos grupos de supuestos:

- Adelantamiento que se produce en un tramo prohibido al existir señalización vertical de prohibición de adelantamiento así como línea continua: SAP Navarra, sección 1.ª, núm. 273/2018, de 13 de noviembre. SAP Cuenca, sección 1.ª, núm. 5/2012, de 17 de enero. SAP Madrid, sección 6.ª, núm. 115/2007, de 14 de marzo.
- Adelantamiento prohibido en un cambio de rasante o que se inicia en un tramo de la vía en la que se existían señales en la calzada que

70. OLAIZOLA (2010b), *Derecho penal del Estado social y democrático de derecho*, p. 374.

advertían la proximidad de un cambio de rasante: SAP Madrid, sección 23.^a, núm. 350/2004, de 8 de octubre. ATS 25 de febrero de 2000. STS 9 de febrero de 1990.

- Adelantamiento a varios vehículos que le precedían a una velocidad que duplicaba la máxima permitida colisionando con otro vehículo que gira a la izquierda correctamente. SAP Asturias, sección 2.^a, núm. 152/2013, de 12 de abril.
- Adelantamiento a otro automóvil en un paso de peatones atropellando al peatón que cruzaba la calzada. STS 25 de abril de 1991.
- Adelantamiento a un camión por el carril interior del mismo sentido, en una curva, arrojándole de la calzada e invadiendo el turismo causante los carriles del sentido contrario. STS 21 de diciembre de 1989.
- Adelantamiento a tres vehículos en un tramo con cambio de rasante. STS 27 de septiembre de 1982.
- Adelantamiento a vehículo que se encontraba en el centro de la calzada con el intermitente izquierdo encendido, invadiendo el carril contrario sin asegurarse de que no circulaba otro vehículo con el que finalmente chocó. STS 21 de enero de 1982.

Obviamente, también existen supuestos en los que no se vulneran ninguna de las normas previstas en el art. 37 LSV pero, en cambio, sí se produce un aumento del riesgo permitido tan importante que lesiona gravemente la infracción del deber de cuidado. Así, se suelen calificar como imprudencia grave:

- Adelantamientos “en cadena” o “adelantamiento en caravana”, donde resulta especialmente complejo calcular la distancia y velocidad necesarias para retornar al carril del sentido de la marcha. STS 561/2002, de 1 de abril. SAP de Tarragona, sección 2.^a, de 10 de noviembre de 2003.

B. *Imprudencia leve*

En cambio, suelen considerarse como supuestos de imprudencia leve que, tras la reforma del código penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, pueden quedar fuera de la órbita penal, aquellos supuestos en los que solo el conductor más diligente pudiese haber evitado el resultado lesivo:

- Iniciar el adelantamiento sin detectar al vehículo precedente al encontrarse en un “punto muerto” de visión de los espejos retrovisores: SAP Cádiz, sección 7.^a, 91/2013, de 14 de mayo. SAP Burgos,

sección 1.ª, núm. 159/2006, de 15 mayo. SAP Ciudad Real, sección 1.ª, núm. 108/2014, de 29 de septiembre.

- Realizar el adelantamiento a un solo vehículo, sin incurrir en ninguna prohibición, pero precipitarse al incorporarse al carril del sentido de la marcha provocando que el coche que le precede acaba embistiéndole: SAP de Madrid, sección 17.ª, núm. 362/2016, de 7 de julio.
- Iniciar el adelantamiento sin percatarse que el automóvil que pretende adelantar se encuentra iniciando un giro hacia la izquierda: SAP Ciudad Real, sección 1.ª, núm. 108/2014, de 29 de septiembre.
- Maniobras consistentes en girar a la izquierda con el vehículo para cambiar de vía o de calzada, sin percatarse que en ese preciso instante viene circulando otro vehículo por el mismo carril que con anterioridad inició un adelantamiento reglamentario. SAP Tarragona, sección 2.ª, de 20 de febrero de 2004.

C. *La imprudencia menos grave*

Finalmente, los supuestos que pueden ser calificados como imprudencia menos grave, son aquellos que van más allá de los meros o simples despistes pero que no suponen una falta de diligencia grave. A modo de ejemplo, se puede citar el supuesto calificado en su momento como imprudencia leve, donde el conductor “con ligereza y de ahí su imprudencia, inició la maniobra de adelantamiento orillándose al centro de la calzada y asomándose tras el vehículo que le precedía, pero con la suficiente atención como para ver rápidamente que un vehículo circulaba en sentido contrario. Lo que ocurrió es que el conductor acusado pecó de falta de pericia y frialdad, pues, en vez de frenar a la vez que giraba a la derecha para tratar de volver a su inicial posición sin invadir su izquierda, frenó bruscamente recto en el sentido oblicuo de «asomo» que había adoptado, provocando de ese modo la nefasta invasión. La falta de diligencia apreciada que se concreta en la de iniciar el adelantamiento con ligereza y sin suavidad de desplazamiento lateral, pero no con total desatención, pues de ser así la frenada se iniciaría totalmente a su izquierda, no constituye la omisión de aquella atención que puede exigirse al menos cuidadoso, atento o diligente, como lo prueba el que en casos similares, con la fortuna de resultados menos trágicos, se haya ventilado el siniestro en juicio de faltas”. Ciertamente, nos encontramos con un supuesto que, con la regulación actual, encaja mejor en la categoría de imprudencia menos grave –que en la de imprudencia leve–, ya que, como reconoce el propio tribunal: “a pesar de luctuoso y tráfico resultado, este Tribunal califica la imprudencia de leve y no grave, aunque, si existiesen escalan dentro de cada uno, se ubicaría en el tramo alto de la leve cerca

de la frontera con la grave". SAP Córdoba, sección 3.ª, núm. 7/1999, de 26 de enero.

1.2. Excesos de velocidad

A. Imprudencia grave

Tras la reforma operada por la LO 2/2019, de 1 de marzo, se considerará imprudencia grave *en todo caso* aquellos supuestos en los que se produzca un exceso de velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente. No obstante, esto no significa que los excesos de velocidad que no superen tales limitaciones queden fuera de la órbita de aplicación de la imprudencia grave.

- Conducción a 155 km/h provocando la colisión por alcance y la muerte del conductor del otro vehículo: SAP Murcia, sección 1.ª, núm. 274/2017, de 20 de junio.
- Conducción a 95 km/h (en un tramo limitado a 50 km/h) causando la pérdida de control del vehículo en una curva y la muerte de un peatón: SAP Tenerife, sección 2.ª, núm. 247/2017, de 12 de junio.
- Conducción a velocidad excesiva motivando la pérdida de control del camión al ser inferior el ancho de su vial que el de su vehículo y la consecuente colisión con otro vehículo, causándole la muerte a su conductora: SAP Barcelona, sección n.º 5, núm. 655/2011, de 23 de junio. Sin concretar el exceso de velocidad pero considerando que éste quedaba acreditado, SAP Las Palmas, sección 1.ª, núm. 143/2016, de 11 de abril.

De igual modo, también se vienen considerando infracciones graves a la lesión del deber penal de cuidado aquellos excesos de velocidad que vienen acompañados de otras infracciones a la LSV y/o a la norma objetiva de cuidado:

- Conducción a velocidad excesiva y bajo influencia de bebidas alcohólicas: SAP Huelva, sección 2.ª, de 27 de enero de 1998. SAP Navarra, sección 1.ª, núm. 204/1998, de 26 de octubre, SAP Huelva, sección 2.ª, de 20 de enero de 1999. SAP de León, sección 1.ª, núm. 37/1999, de 22 de febrero. STS, núm. 1153/1992, de 11 de junio. AP de Barcelona, sección 10.º, de 14 de febrero de 2000. STS núm. 636/2002, de 15 de abril. SAP de Madrid, sección 6.ª, núm. 176/2003, de 3 de abril.
- Conducción a velocidad excesiva y realizando maniobras peligrosas: SAP sección 2.ª, de Asturias, núm. 175/2000, de 30 de marzo. SAP de Cáceres, núm. 43/1996, de 3 de mayo.

A. DAUNIS RODRÍGUEZ: *La graduación de la imprudencia punible*

- Conducción a velocidad excesiva y realizando adelantamientos temerarios: STS, sala Penal, núm. 5611/2002, de 1 de abril.
- Conducción a velocidad excesiva, con malas condiciones de la vía y la falta de capacidad o preparación del conductor: SAP Pontevedra, sección 1.ª, núm. 123/1998, de 15 de octubre.

B. *Imprudencia leve*

En cambio, la imprudencia leve en el ámbito que nos ocupa queda especialmente reservada a casos residuales, en los cuales, el exceso de velocidad es prácticamente insignificante y no se ha producido la infracción de otro deber de cuidado o en la producción del accidente han intervenido muy significativamente otros factores ajenos al acusado:

- Excesos de velocidad de pequeña entidad que no van a acompañarse de ninguna otra infracción al deber de cuidado: AAP de Cádiz, núm. 47/2001, de 24 de abril. SAP de Cuenca, sección 1.ª, núm. 120/2016, de 19 de julio.
- Accidente provocado por exceso de velocidad y un semáforo defectuoso: SAP Navarra, sección 3.ª, núm. 81/1998, de 2 de marzo.
- Accidente provocado por exceso de velocidad y un inesperado mal estado de la vía: SAP Cuenca, sección 1.ª, núm. 120/2016, de 19 de julio.

C. *Imprudencia menos grave*

Como ya he lamentado en varias ocasiones a lo largo del trabajo, la LO 2/2019, de 2 de marzo, se equivoca al pretender establecer una equiparación entre infracciones graves a la LSV y el concepto de imprudencia menos grave en el ámbito penal. Precisamente, los efectos perniciosos de dicha identificación pueden observarse de forma clara en los accidentes lesivos causados por un exceso de velocidad. En efecto, una interpretación automática de la norma llevaría en muchos casos a una criminalización de este tipo de supuestos claramente inaceptable, tanto a la baja, como al alza. Así, cualquier mínimo exceso de velocidad (solo debe superar 1 km/h) que provocase un resultado lesivo debería ser considerado necesariamente una infracción penal, al cometerse por imprudencia menos grave. En el lado opuesto, la regulación vigente solo recoge expresamente como imprudencia grave aquellos excesos de velocidad que superen los límites del art. 379 cp, los cuales, desde la óptica de la protección de la vida y la salud de las personas, son especialmente elevados. Expresado de otra forma, una interpretación literal de los actuales arts. 142 y 152 cp

conduce a un recorte injustificado de la imprudencia grave, la cual quedaría nutrida únicamente de los excesos de velocidad de mayor entidad, mientras que, la mayoría de supuestos se reconducirán al ámbito de la imprudencia menos grave.

Por tanto, se propone que los supuestos que formen parte de la imprudencia menos grave sean aquellos que vayan más allá de un mínimo de exceso de velocidad por ir acompañados de maniobras erróneas o de alguna otra infracción al deber de cuidado: SAP de Barcelona, sección 2.^a, núm. 245/2004, de 4 de marzo. SAP de Vizcaya, sección 1.^a, núm. 853/2004, de 10 de diciembre.

1.3. Conducción ética, superando las tasas de alcoholemia o bajo influencia del alcohol o drogas tóxicas

A. *Imprudencia grave*

La nueva regulación de la LO 2/2019, de 1 de marzo, obliga al operador jurídico a apreciar la imprudencia grave cuando el resultado lesivo se produjo a causa de una conducción superando las tasas de alcoholemia previstas en el art. 379 CP o “bajo influencia” del alcohol o de las drogas. En esta ocasión, la norma viene a consolidar una línea interpretativa que los tribunales venían defendiendo desde hace décadas:

- Conducción superando las tasas de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro: STS, sala de lo penal, núm., 1357/2001, de 5 de julio. STS, sala segunda de lo penal, núm. 1612/17 de septiembre de 2001. STS, sala segunda de lo penal, núm. 54/2002, de 21 de enero. STS, sala de lo penal, núm. 1140/1999, de 6 de julio. STS núm. 130/2000, de 10 de abril. STS núm. 1133/2001, de 11 de junio. STS 2147/2002, de 5 marzo. STS 270/2005, de 22 de febrero. SAP de La Rioja, sección única, núm. 53/2002, de 21 de marzo. STS, sala de lo penal, núm. 2411/2001, de 1 de abril; STS 122/2002, de 1 de febrero. STS, sala de lo penal, núm. 1612/2001, de 17 de septiembre, STS, sala de lo penal, núm. 703/2001, de 28 de abril. Más recientemente, véase, STSJ Castilla-La Mancha, sala de lo Civil y penal, núm. 5/2012, de 29 de marzo. SAP Tarragona, sección 4.^a, núm. 511/2013, de 18 de diciembre; SJP Alicante, sección 7, núm. 44/2016. SJP de Valladolid, núm. 3, de 2 de marzo de 2016. SAP de Barcelona, sección 7.^a, núm. 793/2016, de 18 de noviembre. SJP Zaragoza, núm. 2, 122/2018, de 25 de abril. STS, sección 1.^o, núm. 22/2018, de 17 de enero. SAP de Madrid, sección 17.^a, núm. 70/2017, de 3 de febrero.

- Conducción que no llega a alcanzar las tasas del alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro pero se acredita la conducción bajo influencia: STS, sala de lo penal, núm. 1122/2001, de 11 de junio. SAP de Asturias, sección 2.^a, 240/2015, de 15 mayo. SAP de Madrid, sección 2.^a, núm. 282/2016, de 17 de mayo. SAP de Cantabria, sección 3.^a, núm. 67/2001, de 19 de septiembre.
- Conducción que no llega a alcanzar las tasas de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro: STS, núm. 636/2002, de 15 de abril. STS, núm. 2147/2002, de 5 de marzo. STS, sala de lo penal, núm. 1763/2001, de 19 de diciembre. AP Santa Cruz de Tenerife, sección 2.^a, núm. 267/2013, de 17 de mayo. SAP Toledo, sección 1.^a, núm. 21/2018, de 16 de febrero. SAP Tenerife, sección 5.^a, núm. 221/2007, de 14 de mayo.
- Conducción afectada por la ingesta de bebidas alcohólicas sin que se aporten las tasas de alcoholemia ni la diligencia de síntomas externos: SAP Zaragoza, sección 1.^a, núm. 66/2005, de 21 de febrero. STS, sala de lo penal, núm. 1139/2000, de 27 de junio.
- Conducción bajo influencias de las drogas y otras sustancias: SAP de Asturias, sección 2.^a, núm. 22/2003, de 23 de enero.

B. *Imprudencia leve*

Debe advertirse que también hay decisiones judiciales que han optado por apreciar la imprudencia leve o directamente absolver al acusado cuando las tasas de alcoholemia no superan los límites del art. 379 CP o cuando no puede verificarse que el consumo afectó a la conducción:

- Conducción con una tasa de alcohol de 0,42 miligramos por litro: SAP de Madrid, sección 17.^a, núm. 304/2017, de mayo.
- Conducción que supera las tasas de alcohol pero que no presenta síntomas externos: SAP de Barcelona, sección 5.^a, 2 de octubre de 2003. SAP Coruña, sección 2.^a, núm. 7/2001, de 26 de enero.
- Conducción con una tasa de alcohol de 0,43 miligramos por litro: SAP de Málaga, sección 2.^o, núm. 2005/2004, de 31 de marzo.
- Conducción con una tasa de alcohol de 0,57 miligramos por litro: SAP de Málaga, sección 3.^a, núm. 536/2016, de 14 de diciembre.
- Conductora que después de haber consumido drogas se incorpora erróneamente en una rotonda: SAP de Madrid, sección 30.^a, núm. 55/2014, de 31 de enero.

C. *Imprudencia menos grave*

Posiblemente, los supuestos anteriores que se sancionaban con imprudencia leve pasen a formar parte del ámbito de la imprudencia menos grave, ya que, la falta de diligencia del sujeto que conduce tras haber ingerido alcohol no es mínima o insignificante, resultando la imprudencia desplegada más próxima a la imprudencia grave que a la leve.

1.4. **Semáforos, señales de stop, ceda el paso y preferencia de paso**

A. *Imprudencia grave*

La remisión del código penal, tras la reforma de la LO 2/2019, de 2 de marzo, a la LSV, para configurar la imprudencia menos grave puede modificar la clara tendencia de los tribunales de considerar como imprudencia grave la desatención completa o total de los semáforos, señales de stop, ceda el paso y preferencia de paso.

Es necesario advertir que las decisiones de los tribunales no muestran una clara unanimidad en este grupo de casos, existiendo sentencias que abordando supuestos muy parecidos responden de forma distinta. Llama la atención que en los casos en los que la acción prohibida provoca un resultado de muerte el juez o tribunal suele considerar la imprudencia como grave, mientras que, cuando solo se producen lesiones la imprudencia suele ser calificada de leve.

- Saltarse un stop sin detener el vehículo: SAP Rioja, núm. 128/2011, de 30 de junio. SAP Cuenca (Sección 1.^a), núm. 18/2005, de 24 de febrero. SAP Navarra (Sección 3.^a), núm. 53/2000, de 18 de abril. SAP Zaragoza, sección 3.^a, núm. 432/2009, de 13 de julio.
- No aminorar la marcha en una señal de ceda el paso: SAP Madrid, núm. 397/2002, de 28 de noviembre.
- No detenerse ante una fase semafórica roja: SAP Valladolid (sección 2.^a), núm. 337/2002, de 8 de mayo; SAP Zaragoza (Sección 3.^a), núm. 139/2000, de 29 de marzo; STS, Sala de lo penal, núm. 215/2001, de 26 de marzo.
- Incorporarse a una vía sin respetar la prioridad de otros vehículos: STS (Sala de lo penal), núm. 1604/2001, de 18 de septiembre.

B. *Imprudencia leve*

No son pocos los supuestos en los que los tribunales han considerado como leve la infracción de la norma en este tipo de maniobras. En efecto, el catálogo de supuestos es amplio y variado.

- Cruzar un semáforo en rojo sin percatarse de la existencia de otro automóvil: SAP de Ourense, sección 1.^a, núm. 36/2004, de 31 de marzo.
- No reanudar la marcha de forma adecuada: STS de 17 de enero de 1992. SAP Madrid, núm. 348/2002, de 22 de octubre. SAP de Murcia (Sección 3.^a), núm. 646/2016, de 9 de diciembre.
- No respetar la preferencia de paso: SAP de Cádiz (Sección 7.^a), núm. 181/2000, de 18 de diciembre. SAP de Madrid, sección 4.^a, núm. 8/2017, de 9 de enero. SAP de Cantabria, sección 1, n.º 1044/2004, de 31 de marzo.
- Adentrarse en la vía de cruce para realizar la señal de ceda el paso: SAP de Murcia, sección 4, núm. 53/2002, de 20 de abril.
- Cruzar un semáforo en ámbar sin percatarse de la existencia de otro automóvil con preferencia: SAP de Madrid, sección 17.^a, núm. 304/2017, de 3 de mayo.
- Realiza el STOP e incorporarse anticipadamente a la vía al calcular de forma errónea la distancia del vehículo: SAP Albacete, sección 1.^a, núm. 308/2012, de 28 de noviembre.
- Adentrarse en la vía sin percatarse de la presencia de otro automóvil: SAP Barcelona (Sección 2.^a), núm. 206/2004, de 17 de febrero.

C. *Imprudencia menos grave*

Nuevamente, nos encontramos ante supuestos que, tras la nueva regulación, pueden pasar de forma mayoritaria al ámbito de la imprudencia menos grave, ya que, gran parte de los casos suponen una infracción del art. 76 LSV. Así, ya se han calificado como imprudencia menos grave los casos en los que el conductor atendió a la señal de stop, al semáforo o a la señal de ceda el paso, pero lo hizo de forma inadecuada, al detenerse demasiado tarde, invadir el carril de cruce o reanudar la marcha de forma incorrecta (SAP Valladolid, sección 4.^a, núm. 173/2019, de 10 de junio, SAP Alicante, sección 2.^a, núm. 135/2019, de 8 de abril). En aquellos casos en los que el conductor no llegue a detener el vehículo la infracción del deber de cuidado será más grave, ya que, genera un mayor riesgo de accidente, por lo que, pasarían a englobarse en la categoría de imprudencia grave.

1.5. **Colisiones por alcance y otros despistes en la conducción**

Una de las principales consecuencias o efectos que conlleva la nueva regulación de la imprudencia es la práctica despenalización de los despistes

que pueden acontecer en la circulación que, con la regulación anterior al año 2005, se encuadraban dentro de la categoría de imprudencia leve pero que con la regulación actual quedan fuera de la órbita penal.

Constituyen claros ejemplos de imprudencia leve que deben resolverse en el ámbito civil, las denominadas "comisiones por alcance" cuando se produzcan en zonas urbanas, circulando los vehículos intervinientes a escasa velocidad. También quedan fuera de la órbita penal determinadas maniobras de la conducción (cambios de carril, incorporaciones a la vía, giros de noventa grados, invasión de carril en rotondas, etc.) que no suponen un aumento del riesgo especialmente significativo, sino que el accidente se produce porque el conductor se despista mínimamente, un instante o porque existe un ángulo o "punto muerto" de visión.

A. *Imprudencia grave*

No obstante, no todos los despistes en la conducción se consideran atípicos, pues algunos generan un importante riesgo de producción de accidente. Así, los tribunales han sancionado como imprudencia grave aquellos despistes provocados por el uso de aparatos tecnológicos, teléfonos móviles o cualquier otro objeto que pueda distraer en exceso al conductor. SAP de Badajoz, sección 3.^a, núm. 215/2018, de 18 de diciembre.

B. *Imprudencia leve*

- Colisiones por alcance: STS, sección 1.^a, núm. 644/2016, de 14 de julio. SAP Las Palmas, sección 1.^a, de 31 de julio de 2009. SAP León, sección 3.^a, núm. 204/11 de 9 de junio. AAP Madrid, sección 30.^a, núm. 424/2017, de 10 de mayo. SAP de Murcia, sección 1.^a, núm. 42/2005, de 9 de mayo. SAP de Barcelona, sección 5.^a, núm. 270/2005, de 9 de marzo. SAP de Madrid, sección 6.^a, núm. 164/2004, de 18 de marzo. SAP Vizcaya, sección 1.^a, núm. 20/2004, de 19 de enero. SAP Madrid, sección 15.^a, núm. 54/2002, de 4 de febrero. SAP Asturias, sección 2.^a, núm. 489/1999, de 8 de noviembre. SAP Las Palmas, sección 1.^a, núm. 49/1999 de 8 de marzo. SAP de Zaragoza, sección 6.^a, núm. 27/2018, de 23 de enero. AAP de Madrid, sección 4.^a, núm. 8/2017, de 9 de enero. SAP de Málaga, sección 3.^a, núm. 536/2016, de 14 de diciembre. AAP de Barcelona, sección 5.^a, núm. 778/2016, de 3 de noviembre. AAP de León, sección 3.^a, núm. 489/2010, de 21 de septiembre. AAP Lleida, sección 1.^a, núm. 77/2005, de 15 de marzo. AAP de Girona, sección 3.^a, núm. 337/2004, de 5 de mayo. SAP de Vizcaya, sección 6.^a, núm. 575/2002, de 28 de octubre.

- Giros, invasiones de carril, cambios de carril, maniobra de marcha atrás: SAP de Valladolid, sección 4.^a, núm. 291/2018, de 11 de octubre⁷¹. AAP de Madrid, sección 30.^a, 529/2017, de 14 de junio. AAP de Burgos, sección 1.^a, núm. 191/2017, de 6 de junio. SAP de Madrid, sección 17.^a, núm. 304/2017, de 3 de mayo. AAP de Las Palmas, sección 1.^a, núm. 302/2017, de 28 de abril. AAP de Madrid, sección 4.^a, núm. 304/2017, de 24 de abril. SAP Tenerife, sección 5.^a, núm. 5/2005, de 11 de julio. SAP Madrid, sección 30, núm. 446/2018, de 29 de junio. SAP de Madrid, sección 30.^a, núm. 55/2014, de 31 de enero. SJP Huelva, sección 2.^a, núm. 436/2015, de 2 de diciembre, SAP Cuenca, sección 1.^a, núm. 58/2018, de 13 de febrero.

1.6. Deficientes condiciones psicofísicas para la conducción

Nuevamente nos encontramos ante supuestos que forman parte del catálogo de infracciones graves del art. 76 LSV, por lo que, a priori, vendrán a integrar el ámbito de la imprudencia menos grave. No obstante, como sucede con el anterior grupo, habrá casos que puedan encuadrarse directamente en el ámbito de la imprudencia grave. Así, no puede negarse que el sujeto que conduce a sabiendas de su imposibilidad física o psíquica –debido a su estado somnolencia o una enfermedad– está generando una situación de riesgo tan peligrosa como innecesaria.

En otros supuestos, la infracción grave al deber de penal de cuidado viene configurada por una combinación de infracciones entre las que se encuentran las deficientes condiciones psicofísicas para la conducción.

A. *Imprudencia grave*

- Sujeto que conduce con importantes síntomas de epilepsia: SAP de Madrid, sección 2.^a, núm. 116/2000, de 3 de marzo.
- Sujeto que conduce con somnolencia y cansancio debido a su medicación combinada con la ingesta de alcohol. STS, sala de lo penal, núm. 270/2005, de 22 de febrero.
- Sujeto que conduce con falta de sueño y se queda dormido al volante: STS, sala de lo penal, 791/2001, de 8 de mayo, SAP de Huesca, sección 1.^a, núm. 49/2004, de 8 de marzo.

71. El tribunal refiere expresamente como las maniobras de marcha atrás en las que se produce un simple despiste y no se trata de acciones bruscas o violentas, tras la reforma de la LO 1/2015, de 1 de marzo, quedan despenalizadas.

- Sujeto que sin haber dormido durante toda la noche conduce a velocidad excesiva: SAP de Navarra, sección 1.ª, núm. 204/1998, de 26 de octubre, STS, sala de lo penal, núm. 1139/2000, de 27 de junio.
- Sujeto que conduce autobús en estado de cansancio con velocidad excesiva: SJP Ávila (núm. 1), núm. 237/2017, de 29 septiembre.

B. *Imprudencia leve*

También en estos supuestos las decisiones judiciales son muy diversas y variadas, ya que, ante casos muy similares los tribunales han respondido de forma diferente e incluso contradictoria: SAP Sevilla, sección 4, núm. 4/2004, de 21 de mayo.

2. PRINCIPIO DE CONFIANZA Y PRINCIPIO DE CONDUCCIÓN DEFENSIVA

2.1. Principio de confianza

Atendiendo al principio de confianza, se exonera de responsabilidad al conductor cuando la víctima es la que comete una negligencia que viene a constituir la principal causa de producción del resultado. En puridad, tales supuestos pueden resolverse aplicando los criterios de imputación objetiva, en virtud de los cuales deberá declararse la atipicidad del supuesto cuando el riesgo lo genere exclusivamente la víctima. Nuevamente, la jurisprudencia es inabarcable, por lo que, solo se apuntan tres supuestos que pueden ser ilustrativos:

- Sujeto que conduciendo un automóvil por una carretera carente de arcones y provista de dos carriles para la circulación con alumbrado de cruce, a una velocidad medida de 60 km/h, atropella a un peatón que circulaba dando bandazos por el borde derecho de la calzada y en el mismo sentido del vehículo, careciendo de dispositivo reflectante o de iluminación, con un índice del alcohol etílico en sangre de 2,81 g/l. SAP Alicante, sección 7.ª, núm. 564/2001 de 16 noviembre.
- Sujeto que conduciendo una motocicleta invade de forma imprevista el carril contrario, por el que circulaba de forma correcta un camión, el cual, acaba arrollando a la primera produciendo la muerte de su conductor. SAP Teruel, sección 1.ª, núm. 20/2000 de 19 febrero.
- Sujeto que atropella a un peatón que cruzaba una carretera interurbana por lugar no habilitado, en horas de escasa visibilidad y sin llevar ninguna prenda reflectante. SAP Vizcaya, sección 1.ª, núm. 208/2007, de 11 de mayo.

2.2. Principio de conducción defensiva

El principio de confianza no tiene una operatividad limitada, ya que, sufre excepciones cuando en el tráfico intervienen determinadas personas (peatones, ciclistas, menores, ancianos) o situaciones concretas (un accidente, lluvia extrema, baja visibilidad) que exigen una mayor diligencia del conductor. En estos casos, puede suceder que comportamientos que, en otras circunstancias, podrían ser considerados como impunes o leves, pasen a ser calificados como menos graves o, incluso, graves, debido a la aplicación del principio de conducción defensiva.

- Conductor que atraviesa por una zona de humo donde se encuentra parado un automóvil del que sale una menor de edad. SAP de Tarragona, sección 2.^a, núm. 1001/2016, de 9 de diciembre. Imprudencia leve.
- Conductor que atropella a peatón en una zona muy próxima a un paso de peatones. SAP de Burgos, sección 1.^a, núm. 244/2013, de 16 de mayo. SAP de Zaragoza, sección 3.^a, núm. 139/2013, de 21 de junio. SAP de Guipúzcoa, sección 3.^a, núm. 13/2015, de 17 de febrero. SAP de Cantabria, sección 1.^a, núm. 188/2017, de 16 de mayo. Imprudencia grave.
- Conductor que acaba colisionado con un coche accidentado por no reducir la velocidad. SAP de Zaragoza, sección 3.^a, núm. 471/2015, de 4 de diciembre. Imprudencia leve.
- Conductor que atropella a víctima que se encuentra en el arcén socorriendo al conductor de un vehículo siniestrado. SAP de Santa Cruz de Tenerife, sección 5.^a, núm. 428/2018, de 21 de diciembre. Imprudencia grave
- Conductor que, a causa de un despiste, atropella a peatón que atravesaba un paso de peatones. SAP de Burgos, sección 1.^a, núm. 471/2015, de 16 de octubre. SAP de Cádiz, sección 8.^a, núm. 375/2015m de 1 de junio. SJP Pamplona, núm. 3, 253/2015, de 1 de junio. SAP Burgos, sección 1.^a, núm. 244/2013, 16 de mayo. SAP Badajoz, sección 1.^a, núm. 54/2012, de 16 de abril. SAP La Rioja, n.º 53/2002, 21 de marzo. STS, núm. 1550/2000, de 10 de octubre. SAP de Navarra, sección 3.^a, núm. 178/1999, de 20 de julio. SAP de Burgos, sección 1.^a, núm. 375/2012, de 25 de julio. Imprudencia grave.
- Conductor que, a causa de un despiste, atropella a un ciclista. SAP de Zaragoza, sección 6.^a, núm. 139/2017, de 8 de mayo. SAP de Soria, sección 1.^a, núm. 9/2015, de 2 de febrero. Imprudencia grave.

- Conductor que atropella a peatón que se encuentra en la calzada en una zona de ocio. SJP de Pamplona, sección 3.ª, núm. 170/2017, de 20 de junio. SAP de Salamanca, sección 1.ª, núm. 82/2014, de 14 de junio. Imprudencia grave.
- Conductor que circulando a velocidad excesiva pierde el control del automóvil y atropella a peatón que se encontraba en la calzada junto a unos vehículos aparcados. SAP Islas Baleares, sección 1.ª, núm. 207/2000, de 30 de octubre. Imprudencia grave.
- Conductor que, circula a una velocidad excesiva, atropella a un peatón que cruza un paso de peatones en fase semafórica roja. SAP Alicante, sección 2.ª, núm. 24/2009, de 26 de enero. Imprudencia grave.

2.3. Concurrencia de culpas (degradación de la gravedad de la imprudencia)

- Conductor de camión que no realiza bien el stop y colisiona con conductor de motocicleta que circulaba con exceso de velocidad y bajo los efectos del alcohol. SAP de Albacete, sección 2.ª, núm. 235/2009, de 21 de octubre.
- Conductora que invade carril contrario colisionando con una motocicleta que circulaba con exceso de velocidad. STSJ Madrid, sala de lo civil y penal, sección 1.ª, núm. 12/2004, de 30 de abril.
- Conductor que, circulando a una velocidad excesiva realiza una maniobra evasiva para evitar colisionar con otro automóvil que le adelanta inadecuadamente, invade la acera y atropello a varios peatones. SAP de Huelva, sección 1.ª, 3 de abril de 2002.
- Conductor que, circulando a una velocidad excesiva, colisiona con otro conductor que se encontraba en medio de la calzada esperando a realizar un giro prohibido a la izquierda. AAP de Madrid, sección 6.ª, núm. 343/2003, de 18 de septiembre.
- Conductor de ambulancia que, circulando a una velocidad excesiva, colisiona con otro conductor que se incorpora tras realizar un stop de forma inadecuada. AAP de Burgos, sección 1.ª, 13 de septiembre de 2002.
- Conductor que realizando un adelantamiento a velocidad excesiva colisiona con motocicleta que iniciaba maniobra antirreglamentaria para pasar al carril izquierdo. SAP de Málaga, sección 8.ª, núm. 6/2003, de 21 de enero.
- Conductor que arranca bruscamente e invade el carril izquierdo atropellando al peatón que cruzaba la calzada por lugar indebido. SAP de Castellón, núm. 1/2019, de 21 de enero.

- Conductor que a velocidad inadecuada atropella a peatón que cruzaba la calzada por un lugar no habilitado al efecto, de noche y vistiendo ropas oscuras. SAP de A Coruña, sección 1.ª, núm. 458/2018, de 27 de septiembre.

Recapitulando, la idea de establecer en la propia norma una serie de criterios legales para diferenciar las distintas modalidades de imprudencia aporta seguridad jurídica y facilita al operador jurídico la difícil labor de graduar la gravedad de la imprudencia. No en vano, son los propios tribunales los que han favorecido o generado una sensación de arbitrariedad en el ámbito de la imprudencia punible al responder ante casos muy similares de forma muy diversa o, incluso, contradictoria.

En consecuencia, la aportación por parte del legislador de unos criterios que delimiten las distintas modalidades de imprudencia abunda en la idea de conseguir una mayor seguridad jurídica. No obstante, tales criterios no pueden ir más allá de orientar o guiar al intérprete de la norma, debiéndose rechazar cualquier tipo de interpretación automática. En este sentido, la nueva regulación de la imprudencia en materia de tráfico viario conlleva una serie de problemas que sirven como ejemplo de las dificultades que entraña la difícil tarea de establecer criterios generales o estándares para graduar la imprudencia.

En efecto, por lo que se refiere a la imprudencia en el tráfico viario, la nueva regulación supone calificar, en todo caso, como imprudencia grave cualquier homicidio o lesiones causado por alguna de las circunstancias previstas en el art. 379 Cp: la conducción etílica o bajo influencia del alcohol o las drogas y la conducción superando unos límites concretos de velocidad. Sin duda, el legislador quiere mandar a la sociedad el mensaje de que frente a tales comportamientos imprudentes "al volante", la respuesta penal será contundente. No obstante, como efecto colateral o secundario, se está vetando o eliminando la posibilidad de degradar la gravedad de la imprudencia –de grave a menos grave– cuando la actuación de la víctima fuese la causa eficiente y determinante en la producción del resultado. En ningún momento, el legislador justifica la supresión de esta posibilidad que permite tener en cuenta todas las circunstancias que rodean el caso. Y, más aún, no se explica porque la degradación sí continúa habilitada para el resto de supuestos de imprudencia grave. De igual forma, la nueva regulación puede mandar el mensaje erróneo al juzgador de que para apreciar la imprudencia grave resulta necesario que superen los límites étlicos y de velocidad previstos en el art. 379 cp, los cuales, están pensados para un delito de peligro abstracto que viene a salvaguardar el bien jurídico colectivo seguridad vial pero que para supuestos de homicidios y lesiones imprudentes pueden resultar especialmente elevados.

Las dudas e incertidumbres que suscita la regulación vigente de la imprudencia menos grave son aún mayores. Porque, a la hora de definirse la imprudencia menos grave se realiza una especie de reenvío a las infracciones graves formar parte de la imprudencia menos grave aquellos comportamientos que infrinjan el art. 76 LSV. Esta forma de configurar el delito imprudente desco-ten y que, a pesar de la extensa regulación administrativa del tráfico viario, no aparecen previstas en ninguna norma. Asimismo se corre el riesgo de incurrir en una forma de "versare in re ilícita" cuando se pretenda hacer responsable al sujeto que lesiona o provoca el fallecimiento de otra persona por el mero hecho de haber infringido la normativa administrativa, por lo que, debe exigirse en cualquier caso que el juzgador o el tribunal acredite o verifique la existencia de imputación objetiva del resultado.

El hecho de que el art. 76 LSV sea un precepto especialmente amplio, que recoge una importante multiplicidad de infracciones, puede suponer que el ámbito o radio de aplicación de la imprudencia menos grave se vea especialmente ensanchado a costa de la imprudencia grave, ya que, mucho de los comportamientos que tradicionalmente se vienen considerando como infracciones graves al deber penal de cuidado se configuran, al mismo tiempo, como una infracción grave del art. 76 LSV. Por este mismo motivo, muchas conductas que anteriormente se calificaban como leves pueden pasar al ámbito de la imprudencia menos grave. Sea como fuere, quedan fuera del acervo punitivo los supuestos en los que la falta de diligencia es mínima, al estar provocada por un mero descuido o despiste (v.gr: colisiones en cadena, colisión por alcance, giros o cambios carril).

UNIDAD 6

DELITOS CONTRA LA TRANQUILIDAD PÚBLICA

Competencias

- Analizar los aspectos más importantes de los delitos de organización y establecer una delimitación entre el delito de organización criminal y banda criminal.

PRIMERA LECTURA

Muñoz Ruíz, J. (2021). *Marco jurídico en la lucha contra el crimen organizado*. Muñoz Ruíz, J. Respuesta jurídico-penal al crimen organizado. Valencia, España. Editorial Tirant lo Blanch, pp. 41-67.

Este giro en la evolución de la criminalidad grave y su estructura organizada han reforzado su operatividad y capacidad de permanencia, poniendo en tela de juicio la eficacia de las clásicas herramientas penales para acometer a estas estructuras intersubjetivas.

RESPUESTA JURÍDICO-PENAL AL CRIMEN ORGANIZADO

JOSEFA MUÑOZ RUIZ

tirant lo blanch

Valencia, 2021

Copyright © 2021

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de la autora y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

Director de la Colección:
JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC
Catedrático de Derecho Penal
Universitat de València

© Josefa Muñoz Ruiz

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: V-93-2021
ISBN: 978-84-1336-538-1
MAQUETA: Tink Fàctoria de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com.
En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

Escaneado con CamScanner

II. MARCO JURÍDICO EN LA LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO

Aun cuando, como ha quedado patente, el proceso de gestación del crimen organizado no es estrictamente nuevo, las actuales circunstancias sí que han potenciado notablemente su capacidad lesiva por la tendencia a su internacionalización⁹⁰. De ahí que el diseño de una respuesta penal al crimen organizado haya ocupado, desde hace ya unas décadas, un lugar preferente en las más importantes agendas político-criminales de occidente, y España no es una excepción⁹¹.

Hoy día tiende a reconocerse un escenario criminológico y político-criminal nuevo al que se le atribuyen rasgos capaces de generar un salto cualitativo, una cesura en la evolución de la criminalidad y de los mecanismos de control⁹². Este giro en la evolución de la criminalidad grave y su estructura organizada han reforzado su operatividad y capacidad de permanencia, poniendo en tela de juicio la eficacia de las clásicas herramientas penales para acometer a estas estructuras intersubjetivas. En opinión de Ruiz Rodríguez, la debilidad frente al crimen organizado implicaba la creación de dos modelos para afrontarlo: el mantenimiento del

⁹⁰ En relación a la internacionalización de la delincuencia organizada, vid. RESA NESTARES, C.: “Crimen organizado...”, cit., p. 1; JAIME-JIMÉNEZ, O. y CASTRO MORAL, L.: “La criminalidad...”, cit., p. 175; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: “Organización criminal...”, cit., pp. 247 y ss.; ESCUCHURI AISA, E.: “Comisión de delitos en el marco de organizaciones y grupos criminales. Algunos problemas que plantea la regulación del Código penal español en relación a la delincuencia organizada”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 37/2015, 2015, p. 1, entiende que esta expansión se vincula además a los avances tecnológicos en los sistemas de comunicación, de información y de transporte y, finalmente, a las crisis y desigualdades económicas, tanto entre estados como entre clases sociales de un mismo Estado.

⁹¹ En este sentido, vid. CANCIO MELIÁ, M.: “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, en Cancio, M. (Coord), Pozuelo Pérez, L. (coord.) y Rodríguez Mourullo, G. (pr.) *Política criminal en vanguardia: Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Navarra, 2008, pp. 385 y ss.; FERRANDIS, D.: “Criminalidad Organizada”, en Boix Reig, J. (Dir.) y Lloria García, P. (coord.), *Diccionario de Derecho penal Económico*, Madrid, 2017, pp. 257 y ss. Además, la criminalidad organizada necesita del poder político para asegurar la impunidad de sus servidores y para aumentar su capacidad de influencia en la sociedad. La conexión entre crimen organizado y corrupción se ha puesto de manifiesto de manera evidente en algunos países en las últimas décadas, que han visto como el inmenso poder corruptor del dinero procedente del crimen organizado, ha contaminado todas las esferas sociales, económicas y políticas (Memoria de la Fiscalía General del Estado 2018. Recurso electrónico disponible en: www.fiscal.es).

⁹² ANARTE BORRALLA, E.: “Conjeturas sobre...”, cit., p. 13.

Derecho Penal tradicional que sigue estando en manos del Estado clásico con capacidad para imponer en estos casos penas privativas de libertad; y un segundo modelo de naturaleza internacional, en el que ningún poder está en condiciones de perseguir infracciones penales cometidas a través de los espacios transnacionales y que termina por buscar modelos de autorregulación, de control meramente político, y como mucho, con sanciones internacionales de tipo comercial⁹³.

En efecto, la legislación penal debe en todo momento ofrecer un patrón de respuesta adaptado a la realidad criminal, sin cuyo ajuste se crearían campos de impunidad⁹⁴. España, consciente de que actualmente se precisa de una visión integral que dé una respuesta global que involucre a todos los operadores públicos de seguridad, —al estar difuminados los límites entre seguridad exterior e interior de las naciones⁹⁵—, aboga por un sistema de cooperación policial y judicial entre Estados y, desde la LO 5/2010, de 22 de junio, cuenta, además, con nuevos tipos de injusto (arts. 570 bis, ter y quáter) que dan un tratamiento autónomo y diferenciado a esta nueva forma de criminalidad. Pues, aunque hasta el 2010 esa realidad del crimen organizado había sido abordada a través de la asociación ilícita, esta respuesta no fue satisfactoria, esgrimiéndose su incapacidad en cuanto adolecía de lagunas de punibilidad explícitas, y había sido objeto además de una interpretación muy restrictiva por parte de nuestros tribunales⁹⁶. Pero, intentando hallar una racionalidad más asumible para la

⁹³ RUIZ RODRÍGUEZ, L. R./ GONZÁLEZ AGUDELO, G.: “El factor...”, cit., p. 4.

⁹⁴ Y como añade MUÑOZ CUESTA, F. J.: “Organizaciones y grupos criminales: tipificación penal imprescindible contra esta forma de delincuencia, en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm.1/2011, p. 1, lo que es más relevante, quedarían conductas graves, atentaría a bienes esenciales, tanto personales como colectivos o supraindividuales, sin la necesaria respuesta del Derecho Penal, lo que sin duda generaría inseguridad personal al ciudadano y a la colectividad y en definitiva supondría una situación de inseguridad jurídica no aceptable en una sociedad moderna como la nuestra.

⁹⁵ La Orden PCI/161/2019, de 21 de febrero, p. 1, señala que desafíos como los flujos migratorios irregulares, la inestabilidad económica y financiera, las emergencias y catástrofes, las epidemias y pandemias y los efectos del cambio climático, traspasan fronteras e invaden espacios comunes globales a toda la comunidad internacional, rompiendo esta disyuntiva entre ámbito territorial interno y externo.

⁹⁶ CANCIO MELIÁ, M.: “El caso “manos blancas”: problemas de imputación en el contexto de organización criminal a la luz del Derecho Penal español”, en Couso, J. y Werle, G. (Dirs.), *Intervención delictiva en contextos organizados Humboldt-Kollec Santiago 2015*, Valencia, 2017, p. 307, señala que hasta 2010 sólo se conocía un delito de asociación ilícita (sin apenas contenido descriptivo), recuerda que la figura delictiva fue aplicada durante todo el siglo XIX, durante la dictadura del general Franco, de modo prácticamente exclusivo a colectivos políticos, esto es para la represión de la disidencia y resistencia políticas. Sugiere el autor que de algún modo debía subsistir

reforma, cabe reparar en que la Exposición de Motivos vincula el nuevo régimen sancionador de las organizaciones criminales a los compromisos internacionales⁹⁷. La clara insuficiencia de las legislaciones penales internas, la nueva dimensión de fenomenología criminalidad y el reconocimiento de su capacidad para desestabilizar la organización política y económica de los Estados, explican la preocupación de los organismos supranacionales por combatir el fenómeno mediante instrumentos internacionales comunes⁹⁸. Así, aunque hoy por hoy es cierto que el Derecho Penal aparece como una materia reservada a los distintos países, también lo es que por vía del compromiso la Unión Europea exige a los Estados integrantes que incorporen a sus legislaciones penales o procesales ciertas disposiciones de contenido concreto y determinado. De modo que por esta vía se están dando pasos importantes hacia la unificación jurídica europea⁹⁹.

En este contexto, dando debido cumplimiento a estas exigencias internacionales, el legislador de 2010 reconoció el peligro que *per se* presupone el entramado de estas estructuras, y la urgencia de otorgar protección y seguridad frente a las mismas; y con mejor o peor técnica legislativa, les dio réplica penal diferenciada sancionando, de forma autónoma, los delitos de organización o grupo criminal. Quizás por ello, el fundamento y justificación de la sustancial reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, en materia de criminalidad organizada, se sustenta no sólo en la incapacidad del delito de asociación ilícita para responder adecuadamente a los diferentes supuestos de agrupaciones u organizaciones criminales que actualmente operan en el territorio —ya que en general no son realmente asociaciones

en el subconsciente colectivo del entramado de los órganos de persecución criminal, respecto de las infracciones relacionadas con las asociaciones ilícitas, cierta identificación con la época de represión política que fue determinante en la escasa aplicación de la figura hasta épocas recientes.

⁹⁷ Sobre el papel de la normativa internacional en el impulso de la lucha contra la delincuencia organizada ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, J.: “Desafíos de los organismos internacionales frente a la delincuencia organizada”, en Zúñiga Rodríguez, L. (Dir.), Ballesteros Sánchez, J. (Coord.), *Criminalidad Organizada Transnacional: Una amenaza a la seguridad de los Estados Democráticos*, Valencia, 2017, pp. 287 y ss.; BRANDARIZ GARCÍA, J. A.: “Asociaciones y organizaciones criminales. Las disfunciones del art. 515. 1º CP y la nueva reforma penal”, 2009, p. 15. Recurso electrónico disponible en: <http://www.ecrim.es/publications/2009/AsociacionesCriminales.pdf>

⁹⁸ ESCUCHURI AISA, E.: “Comisión de...”, cit., p. 1.

⁹⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: “Posición europea sobre el crimen organizado”, en AAVV, *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 2001, p. 116.

que delinquen, sino agrupaciones intrínsecamente delictivas¹⁰⁰, sino en la evidencia de que el crimen organizado presenta en la actualidad una dimensión internacional que dificulta enormemente una persecución penal estatal eficaz contra él, siendo la respuesta más adecuada la cooperación internacional en materia penal, y el reconocimiento de los compromisos internacionales de cooperación policial y judicial asumidos por los Estados miembros de la Unión Europea, en la lucha contra la llamada delincuencia organizada transfronteriza, tanto en materia de prevención como de respuesta penal¹⁰¹.

1. Instrumentos internacionales de aproximación de las legislaciones nacionales en materia de delincuencia organizada

1.1. La lucha de Naciones Unidas contra el crimen organizado: la Convención de Palermo contra la Delincuencia Organizada Transnacional, como marco de referencia

Tratándose de una delincuencia que no conoce fronteras ni soberanías nacionales, en el seno de Naciones Unidas ha sido constante la preocupación por la rápida propagación y amplitud geográfica de la delincuencia organizada en sus diversas formas, tanto a nivel nacional como internacional, lo que mina el proceso de desarrollo de los países y constituye una amenaza para los derechos humanos y las libertades fundamentales¹⁰².

Dejando aparte antecedentes más o menos tempranos¹⁰³, los trabajos de Naciones Unidas dirigidos al reforzamiento de la cooperación inter-

¹⁰⁰ SANSÓ-RUBERT PASCUAL, D.: "Nuevas tendencias de organización criminal y movilidad geográfica. Aproximación geopolítica en clave de inteligencia criminal", en *Revista UNISCI*, N° 4, mayo 2016, p. 182, señala que la idea motriz que sustancia la peligrosidad intrínseca de la asociación criminal reside en la construcción de estructuras racionalmente orientadas a la planificación y comisión exitosa del delito, y al encubrimiento de sus miembros para evitar la persecución institucional.

¹⁰¹ SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A., SERRANO TÁRRAGA, M^a. D., VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Curso de Derecho Penal Parte Especial*, Madrid, 2012, p. 797.

¹⁰² BUENO ARÚS, F.: "Política judicial común en la lucha contra la criminalidad organizada", en Ferré Olivé, J. C. y Anarte Borralló, E. (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999, p. 67.

¹⁰³ ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, J.: "Desafíos de...", cit., p. 297, los sitúan en la década de los 50 cuando afirma que "a lo largo de 60 años (1955-2015) Naciones Unidas ha desarrollado una intensa labor de cooperación internacional en la lucha preventiva contra la delincuencia organizada a través de los Congresos de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal".

nacional contra el crimen organizado se remontan al año 1975, hace casi cincuenta años. Fue durante la celebración del V Congreso de Naciones Unidas sobre la Prevención del Crimen y el Tratamiento de los Delincuentes, en Ginebra, del 1 al 12 de septiembre de 1975¹⁰⁴, cuando comenzó el debate en este organismo sobre el crimen organizado. Debate que ha tenido continuidad en Congresos posteriores en los que se ha reiterado que esta forma de delincuencia constituía una amenaza para los derechos humanos, las libertades fundamentales, la paz, la estabilidad y la seguridad¹⁰⁵; se ha dejado constancia, además, de la grave preocupación de este organismo por las abundantes pruebas de la intensificación de esta clase de delincuencia en muchos países, y de sus grandes costos sociales y económicos, debido a que traspasa cada vez más las fronteras nacionales y suele ocultarse tras actividades comerciales aparentemente legítimas¹⁰⁶; y se ha recomendado también la investigación de la estructura de la delincuencia organizada y la evaluación de las contramedidas en vigor, así como la intensificación de la cooperación internacional contra el terrorismo¹⁰⁷. A partir de esa fecha, diversas convenciones e instrumentos de Na-

¹⁰⁴ Por primera vez, las deliberaciones se centraron en las nuevas formas y dimensiones de la delincuencia, entre ellas la delincuencia organizada como negocio, y los costos del delito. Se aprobó una resolución en la que se recomendaba a la Asamblea General que aprobara la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, que más adelante se convirtió en una convención aprobada por la Comisión de Derechos Humanos.

¹⁰⁵ El Sexto Congreso, en 1980, exhortó a prestar apoyo amplio y participar en la prevención del delito y la elaboración de alternativas al encarcelamiento, así como a las medidas para hacer frente a la delincuencia y el abuso de poder. En el marco del tema “La prevención del delito y la calidad de la vida”, el Sexto Congreso reconoció que la prevención del delito debía basarse en las circunstancias sociales, culturales, políticas y económicas de los países.

¹⁰⁶ El Séptimo Congreso de Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, Milán, 26 de agosto a 6 de septiembre de 1985, p. 68, señala que es tan sumamente difícil de combatir que pide a los Estados Miembros que intensifiquen sus esfuerzos para combatir con más eficacia la delincuencia organizada en el plano nacional, abogando por “la modernización de las leyes y procedimientos penales nacionales, en particular la adopción de medidas para: i) Crear nuevos delitos que tipifiquen formas nuevas y complejas de conducta criminal; ii) Prescribir la pérdida de los bienes adquiridos ilegalmente...”.

¹⁰⁷ En esta línea de progresión en la lucha contra la criminalidad organizada, el Octavo Congreso de las Naciones Unidas, celebrado en La Habana del 27 de agosto a 7 de septiembre de 1990, recomendó adoptar medidas contra la delincuencia organizada y el terrorismo, en el marco del tema “La cooperación internacional en materia de prevención del delito y justicia penal en el siglo XXI”.

ciones Unidas abordaron también el tema ya en relación al terrorismo¹⁰⁸, la corrupción¹⁰⁹ o la delincuencia transnacional.

En relación a esta última, el evento, sin duda, más significativo en la actividad de Naciones Unidas contra el crimen organizado ha sido la Conferencia Mundial Interministerial sobre el Crimen Organizado Transnacional, celebrada en Nápoles en noviembre de 1994. A ella asistieron 142 Estados que adoptaron por unanimidad la Declaración Política y Plan de Acción Mundial de Nápoles contra la Delincuencia Transnacional Organizada, aprobada mediante Resolución 49/159 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 23 de diciembre de 1994¹¹⁰. Posteriormente se adoptó otra resolución de 24 de julio de 1995, sobre la aplicación de la anterior, insistiendo en la necesidad de fortalecer y mejorar la cooperación internacional a todos los niveles en la lucha contra la criminalidad organizada. Las Naciones Unidas reconocen que el incremento de la sofisticación y globalización del crimen organizado convierten a la cooperación internacional en un elemento crucial para combatir este fenómeno. Por

¹⁰⁸ Por citar uno, el 2 de mayo de 2006, siguiendo esas recomendaciones, el Secretario General Kofi Annan presentó en un informe a la Asamblea General una serie detallada de recomendaciones. Esas recomendaciones constituyeron la base fundamental de una serie de consultas con los Estados Miembros que concluyeron en la aprobación de una Estrategia mundial contra el terrorismo para las Naciones Unidas, adoptada el 8 de septiembre de 2006. La estrategia tiene forma de Resolución (A/RES/60/288) con un plan de acción anexo y pretende ser un instrumento único para mejorar los esfuerzos nacionales, regionales e internacionales contraterroristas (DE PRADA SOLAESA, R.: "Terrorismo: Convenios sectoriales. Financiación y Blanqueo", en *Red Europea de Formación Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 2013, p. 17. Recurso electrónico disponible en: <http://www5.poderjudicial.es/cvcp12-13/CVCP13-16-ES.pdf>).

¹⁰⁹ Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Conforme a su artículo 1, la finalidad de la presente Convención es: a) Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción; b) Promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos; c) Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.

¹¹⁰ El Plan de Acción Mundial contra la Delincuencia Transnacional Organizada A/49/784, establecía que, sin que constituyese una definición cabal y jurídica del fenómeno de la delincuencia organizada, cabía considerar como típicas del mismo las siguientes características: la formación de grupos para dedicarse a la delincuencia; los vínculos jerárquicos o las relaciones personales que permitiesen el control del grupo por sus jefes; el recurso a la violencia, intimidación o la corrupción para obtener beneficios o ejercer el control de algún territorio o mercado; el blanqueo de fondos de procedencia ilícita para los fines de alguna actividad delictiva o para infiltrar alguna actividad económica legítima; el potencial para introducirse en alguna nueva actividad o para extenderse más allá de las fronteras nacionales; la cooperación con otros grupos de delinquentes transnacionales.

esta razón a partir de 1998 comenzó a elaborar una Convención internacional relativa al crimen organizado mediante un Comité especial para la elaboración de una Convención *ad hoc*¹¹¹.

El resultado es la «Convención de Naciones Unidas contra la criminalidad transnacional organizada» (Convention against Transnational Organized Crime, Documento A/55/382, Resolución de la Asamblea General de 15-11-2000, abierta a la firma de los Estados el 12-12-2000, en Palermo, y desde entonces en vigor), firmada en ese momento por 124 Estados entre los que se encuentra España, que ha suscrito igualmente sus tres Protocolos (Protocolo para la prevención, supresión y punición del tráfico de personas, especialmente de mujeres y niños; Protocolo contra el contrabando de emigrantes por tierra, mar y aire; Protocolo contra la fabricación y tráfico ilícito de armas de fuego, sus partes y componentes y de municiones).

Pese a que no todos los Estados se encontraban en la misma situación de amenaza frente a la criminalidad organizada transnacional, —existen diversas realidades nacionales con especificidades muy particulares—, tras un largo y difícil camino para llegar a la Convención de Palermo, el nuevo siglo se inauguró, pues, con un hito histórico de consenso sobre esta moderna criminalidad¹¹², que demostró la voluntad política de abordar un problema mundial con una reacción también mundial. El acuerdo multilateral que supone establecer definiciones comunes para los Estados nacionales sobre conceptos cuya realidad criminológica es compleja, proteica, plagada de especificidades, sólo puede saludarse bajo el prisma de la necesidad de la cooperación internacional y la armonización de las legislaciones, frente a la grave amenaza que las diversas formas de criminalidad transnacional representan para la seguridad, la paz y el desarrollo democrático de los Estados¹¹³.

¹¹¹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Madrid, 2005, p. 43.

¹¹² Se pronuncian en este sentido, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: “El concepto de criminalidad organizada transnacional: problemas y propuestas”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 12, Nº 86, 2016, pp. 68 y 69; PORTILLAS CONTRERAS, G.: “Reformas y procesos de armonización de las leyes penales y procesales europeas”, en Benítez Ortúzar, I. F. (Coord.), *Reforma del Código Penal. Respuestas para una sociedad del siglo XXI*, Madrid, 2008, p. 201, pone de manifiesto que la reforma de la legislación penal y procesal en Europa se caracteriza por el deseo de lograr una cierta armonización y uniformidad. Algo bastante complicado, por otra parte, si pensamos en las diferentes culturas jurídicas y en su condición de Estados relativistas y escépticos.

¹¹³ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: “Concepto de...”, cit., p. 165.

El propósito de la presente Convención es “promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente” este fenómeno criminal” (art. 1). Y la contienda contra la delincuencia organizada pasa por el compromiso de los Estados Parte de asumir la tipificación de una de las conductas siguientes, o ambas, como delitos distintos de los que entrañen el intento o la consumación de la actividad delictiva: a) El acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave con un propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material y, cuando así lo prescriba el derecho interno, que entrañe un acto perpetrado por uno de los participantes para llevar adelante ese acuerdo o que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado; b) La conducta de toda persona que, a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en: i) actividades ilícitas del grupo delictivo organizado; ii) otras actividades del grupo delictivo organizado, a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita; c) la organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento en aras de la comisión de un delito grave que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado (artículo 5.1)¹¹⁴.

El fin último de este acuerdo internacional es el acercamiento de los países en definir qué es el delito transnacional, toda vez que se trata de un flagelo que requiere de la necesaria cooperación de los Estados. Para ello se exhorta una armonización mínima de las legislaciones nacionales, empezando por los conceptos que se encuentran en su base¹¹⁵. A estos efectos, el artículo 2 incluye una serie de definiciones sobre elementos comunes en la penalización de la participación en un grupo delictivo organizado, algunas de las cuales, años más tarde, calaron en el legislador

¹¹⁴ Los números 2 y tres prescriben respectivamente los siguiente: 2. El conocimiento, la intención, la finalidad, el propósito o el acuerdo a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas. 3. Los Estados Parte cuyo derecho interno requiera la participación de un grupo delictivo organizado para la penalización de los delitos tipificados con arreglo al inciso i) del apartado a) del párrafo 1 del presente artículo velarán porque su derecho interno comprenda todos los delitos graves que entrañen la participación de grupos delictivos organizados. Esos Estados Parte, así como los Estados Parte cuyo derecho interno requiera la comisión de un acto que tenga por objeto llevar adelante el acuerdo concertado con el propósito de cometer los delitos tipificados con arreglo al inciso i) del apartado a) del párrafo 1 del presente artículo, lo notificarán al Secretario General de las Naciones Unidas en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella.

¹¹⁵ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: “Concepto de...”, cit., p. 190.

español de 2010, de forma que, para los fines de la presente Convención se entiende: a) por “grupo delictivo organizado” 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; b) por “delito grave” la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave; c) por “grupo estructurado” se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada; g) por “decomiso” la privación con carácter definitivo de bienes por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente.

Aunque la obligación de los Estados de sancionar se refiere al “grupo organizado delictivo”, la Convención adopta dos definiciones de organización criminal, una fuerte y otra débil: el “grupo delictivo organizado”, con las exigencias criminológicas antes señaladas de unión de personas (tres o más), con cierta permanencia en el tiempo (estructura) y que actúe concertadamente (reparto de tareas), para cometer delitos graves o los tipificados en la Convención, con la finalidad de obtener un beneficio económico (ánimo de lucro). Con esta última característica la convención deja fuera de su aplicación, y por tanto, de la comprensión de criminalidad organizada (transnacional) el terrorismo, en el buen entender de que en estos casos se trata de supuestos que, aunque tengan en común la organización criminal, su finalidad política es totalmente distinta a esta forma de criminalidad¹¹⁶. Por su parte, el “grupo estructurado” definido “en negativo” parece más bien una definición que posee menos fuerza en sus características, un tanto residual (no hay reparto de roles, no hay continuidad de sus miembros, no muy desarrollada), cuando no se haya conseguido reunir todas las características de la definición fuerte. El umbral de grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito, sólo se comprende para deslindar grupos criminales de la figura de la coautoría propia de los sistemas jurídico-penales. Ahora bien, como apunta Zúñiga Rodríguez, el “grupo estructurado” no está en el núcleo de

¹¹⁶ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: “Concepto de...”, cit., p. 191, añade que puede que en la realidad se entrecrucen como sucede con muchos fenómenos sociales, pero desde el punto de vista jurídico y de propuestas político-criminales son fenómenos criminales muy distintos.

la criminalidad organizada transnacional. Sólo lo está el grupo criminal organizado¹¹⁷.

En definitiva, frente a la cooperación bilateral o, en el mejor de los casos, multilateral, por bloques económicos o políticos, dicha Convención constituye el punto de arranque para visibilizar la relevancia de un mínimo común denominador para cooperar más fluidamente entre los operadores jurídicos de los diversos Estados, en un mundo donde el trámite engorroso de la extradición queda totalmente trasnochado¹¹⁸.

1.2. Respuestas en el ámbito regional europeo: en especial la Decisión Marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre, sobre la Lucha contra la Delincuencia Organizada

El territorio europeo constituye uno de los centros neurálgicos del crimen organizado internacional¹¹⁹. La construcción e implementación del proyecto europeo ha traído indudables beneficios económicos y políticos ligados a la apertura de las fronteras interiores de la Unión, la libre circulación de bienes y los flujos migratorios que contribuyen al desarrollo de distintos órdenes sociales, pero, en contrapartida, abonan la internacionalización de la delincuencia y el despliegue del crimen organizado.

En efecto, junto con la internacionalización, la desaparición de las fronteras ha propiciado el fenómeno de la transnacionalización, o lo que es lo mismo, la convergencia de grupos criminales de origen diverso, con actividades delictivas plurales, y por lo tanto no competitivos que se articulan en redes corporativas con el objeto de prestarse ayuda mutua¹²⁰.

¹¹⁷ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: “Concepto de...”, cit., p. 191.

¹¹⁸ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: “El concepto...”, cit., p. 72.

¹¹⁹ GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A.: “La delincuencia organizada europea: extensión, factores facilitadores y rasgos principales”, en Ministerio de Defensa, *Lucha contra la criminalidad organizada en Europa*, 2012, pp. 11 y 12. En este sentido, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: *La criminalidad...*, cit., pp. 75 y ss., señala que la delincuencia organizada internacional plantea problemas de particular calado en este espacio regional del que nuestro país forma parte, la Unión Europea (UE); GRACIA MARTÍN, L.: GRACIA MARTÍN, L.: “Qué es la modernización del Derecho Penal”, en Díez Ripollés, J. L., Romeo Casabona, C. M^a., Gracia Martín, L., e Higuera Guimerá, J. E. (Eds.), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, p. 374, indica que la Unión Europea delimita, por su mera existencia, un “singular espacio geográfico criminal”, en el que se realiza también el fenómeno de la delincuencia organizada.

¹²⁰ Sobre los efectos de la internacionalización del crimen organizado, BLANCO CORDERO, I. y SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: “Principales instrumentos...”, cit., p. 6, apunta que la vigencia de los principios de libre movimiento de personas y de capitales despliega efectos beneficiosos no sólo respecto de los ciudadanos normales, sino

El alto potencial de consumo de la población europea y las infraestructuras existentes en materia de transporte y logística, han convertido a esta región en un centro de distribución ideal para tres tipos de grupos o estructuras: organizaciones criminales procedentes de otras partes del mundo que han ingresado directa o indirectamente al mercado europeo, grupos mafiosos italianos que han tenido presencia en Italia y fuera de ella, y grupos de crimen organizado procedentes de otros países europeos que, atraídos por las perspectivas de beneficio generadas inicialmente por el tráfico de drogas, se dedicaron también a otras actividades lucrativas menos controladas como la inmigración o el contrabando de productos ilegales o restringidos¹²¹.

Con este horizonte, es insoslayable que la lucha contra la delincuencia organizada en el territorio de la Unión Europea gira en torno a una política de creación de un espacio de libertad, justicia y seguridad en todo el territorio europeo (en adelante ELJS), política que arranca de los Programas de Tampere (1999-2004)¹²², La Haya (2004-2009)¹²³ y Estocolmo (2010-

también respecto de los criminales organizados, quienes hacen uso de ellos con el objetivo de maximizar sus beneficios y disminuir el riesgo de ser descubiertos; MUÑOZ CUESTA, F. J.: "Organizaciones y...", cit., p. 1; GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M.: "El principio...", cit., p. 156, subraya que se trata internacionalización y transnacionalización son dos actuaciones cuya finalidad última descansa en lograr la impunidad mediante el aprovechamiento de eliminación de las fronteras.

¹²¹ GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A.: "La delincuencia organizada...", cit., pp. 11 y 12.
¹²² Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999. "Hacia una Unión de seguridad, libertad y justicia. Los hilos de Tampere". En el Programa de Tampere se señalaba que "Las personas tienen derecho a esperar que la Unión afronte la amenaza que para su libertad y sus derechos civiles constituye la delincuencia. Para contrarrestar esta amenaza se precisa un esfuerzo común que prevenga y combata la delincuencia y las organizaciones delictivas en toda la Unión. Es necesaria la movilización conjunta de los recursos policiales y judiciales para garantizar que en toda la Unión no exista lugar alguno donde puedan ocultarse los delincuentes o los beneficios del delito".

¹²³ En el Programa de la Haya. Consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea (2005/C 53/01), se reafirma el carácter prioritario que atribuye a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, en respuesta a una inquietud fundamental de los pueblos de los Estados que constituyen la Unión. Durante los últimos años la Unión Europea ha desempeñado un papel cada vez más importante en lo que se refiere a garantizar la cooperación policial, aduanera y judicial y el desarrollo de una política coordinada en materia de asilo, inmigración y controles en las fronteras exteriores. Dicho desarrollo continuará con la consolidación de una zona común de libertad, seguridad y justicia mediante el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004. Este Tratado y los Tratados anteriores de Maastricht, Amsterdam y Niza han creado progresivamente un marco jurídico común en el ámbito de la justicia y los asuntos de interior, así como la integración de este ámbito de actuación con otras áreas políticas de la Unión. El objetivo del Programa de La Haya es la mejora de la capacidad común de la Unión y

2014)¹²⁴, y en el que la cooperación judicial y policial en materia penal tiene el objetivo de ofrecer a los ciudadanos de la Unión un alto grado de protección mediante la prevención y la lucha contra la criminalidad¹²⁵. A este fin, —señalaba Gama Dordio—, no existe un único documento estratégico, sino un sistema estratégico de la Unión Europea, reflejo de la propia idiosincrasia comunitaria: diverso a la par que disperso, complicado, legalista, tan retórico como posibilista, contradictorio, ambicioso, abierto, genérico y exhaustivo a la vez, declarativo y ejecutivo sin transición, fruto de procesos genuinamente europeos. Los principales elementos del sistema estratégico son: el Tratado de Lisboa, la Estrategia de Seguridad

de sus Estados miembros de: garantizar los derechos fundamentales, las salvaguardias procesales mínimas y el acceso a la justicia, proporcionar a quienes la necesiten la protección de acuerdo con la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados y otros tratados internacionales, regular los flujos de migración y controlar las fronteras exteriores de la Unión, luchar contra la delincuencia organizada transfronteriza y reprimir la amenaza del terrorismo, explotar el potencial de Europol y Eurojust, proseguir con el establecimiento del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y certificados tanto en materia civil como penal, y eliminar obstáculos legales y judiciales en los litigios en asuntos civiles y familiares con repercusiones transfronterizas. Es éste un objetivo que hay que lograr en interés de nuestros ciudadanos desarrollando un sistema común de asilo y mejorando el acceso a los tribunales, la cooperación policial y judicial en la práctica, la aproximación de las legislaciones y el desarrollo de políticas comunes.

¹²⁴ El Programa de Estocolmo. Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (2010/C 115/01), destaca entre sus objetivos la protección contra las formas graves de delincuencia y la delincuencia organizada: A medida que la delincuencia organizada sigue globalizándose, es cada vez más importante que la policía tenga capacidad para trabajar eficazmente a través de las fronteras y las jurisdicciones. La Unión puede aportar una plusvalía real en la lucha contra algunas amenazas que exigen una acción extremadamente coordinada. La lucha contra estos tipos de delincuencia supondrá la sistematización de los intercambios de información, el uso generalizado de las agencias de la Unión y de las herramientas de investigación europeas y, en su caso, el desarrollo de técnicas de investigación y prevención comunes, así como una mayor cooperación con terceros países. El Consejo Europeo insta, por tanto, al Consejo y a la Comisión: i) a adoptar una estrategia en materia de delincuencia organizada, en el marco de la Estrategia de seguridad interior; b) a establecer sus prioridades en materia de lucha contra la delincuencia determinando los tipos de delincuencia contra los cuales desplegará los instrumentos que ha desarrollado, sin abandonar la Evaluación de la amenaza de la delincuencia organizada (EADO) y sus versiones regionales. Hay que seleccionar los tipos de delincuencia que se abordarán de forma prioritaria a escala europea. El Consejo Europeo considera que en los próximos años merecen especial prioridad los tipos de delitos que se indican seguidamente: Trata de seres humanos, explotación sexual de menores y pornografía infantil, delincuencia cibernética, delincuencia económica y corrupción y drogas.

¹²⁵ MUÑOZ RUIZ, J.: "La lucha...", cit., p. 304.

Interior y el Programa de Estocolmo¹²⁶. Los tres instrumentos apuntan que la seguridad constituye la noción central del trinomio que conforma el ELSJ¹²⁷.

Conseguir un alto nivel de seguridad en este espacio presupone un enfoque eficaz y exhaustivo en la lucha contra todas las formas de delincuencia; si bien, desde los primeros tratados de creación de la UE, como es lógico, se ha considerado de suma relevancia la lucha contra las formas de criminalidad transfronteriza más graves¹²⁸. Y con ello, la penalización de las asociaciones para delinquir, en cuanto constituyen su elemento vertebrador, concretamente, la criminalidad organizada y el terrorismo internacional: las dos grandes lacras que han proliferado al albor de la desregulación de los mercados. De ahí que en la revisión de los Tratados de la Unión Europea, de Amsterdam 1997, los países miembros hayan hecho un esfuerzo por establecer las condiciones para afrontar de forma común los objetivos generales de garantizar a los ciudadanos europeos ese “espacio de libertad, justicia y seguridad”¹²⁹.

Aunque la armonización del Derecho Penal en la Unión Europea se presenta como un proceso delicado y políticamente contralado, dada la

¹²⁶ GAMA DORDIO, J.: “Lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea”, en Ministerio de Defensa, *Lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea*, 2012, p. 34.

¹²⁷ Conseguir un alto nivel de seguridad en este espacio presupone un enfoque eficaz y exhaustivo en la lucha contra todas las formas de delincuencia; si bien la política criminal de la UE ha venido marcada, desde un punto de vista sustantivo o material, por la lucha contra la delincuencia organizada, junto a otras manifestaciones criminales recogidas, igualmente, en el art. 83 TFEU (MUÑOZ RUIZ, J.: “La lucha...”, cit., p. 304).

¹²⁸ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: “El concepto...”, cit., p. 95, recuerda que la lucha contra el crimen organizado aparece como uno de los objetivos de la Unión Europea, según se manifiesta incluso en sus Tratados Constitutivos. Los europeos han considerado que la lucha contra la delincuencia era una de las cuatro acciones a la que la UE tenía que prestar mayor atención en los próximos años. (Datos ofrecidos por el Eurobarómetro 75, primavera de 2011, que, además, muestran que las tres restantes acciones son la política económica y monetaria, política de integración y la política de salud).

¹²⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: “Redes internacionales...”, cit., p. 56. Disponiendo el artículo 67.1 TFUE, a estos efectos, que “La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros”. Mientras que el apartado 3 establece: “La Unión se esforzará por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia y de lucha contra todos ellos, mediante la coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, así como el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales”.

fuerte relación entre el Derecho Penal y el concepto de Estado-nación (territorio nacional, política criminal nacional, soberanía nacional), sin duda, los avances en la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la UE (art. 3 TUE) pasa por un acercamiento de la normativa sobre delincuencia grave transfronteriza entre los Estados¹³⁰, por una serie de razones que Sánchez García de la Paz resume en: a) en primer término, porque la Unión Europea comporta la creación de un espacio económico sin fronteras nacionales, donde impera la libre circulación de no sólo bienes y servicios sino también de personas, al integrar el Tratado de Amsterdam el Acervo Schengen por el que desaparecen los controles fronterizos en la mayoría de los países miembros; b) en segundo lugar, por la entrada en escena de grupos mafiosos procedentes de los países de la Europa del Este a partir de la caída de los regímenes comunistas en los primeros años de la década de los 90 del siglo XX; c) finalmente, hay países europeos que no cumplen las exigencias de diferentes instrumentos internacionales para impedir o perseguir el blanqueo de capitales. Hablamos tanto de países de la Europa Occidental (Suiza, Liechteschtein, Malta, Andorra, Mónaco etc.) como de la Europa del Este, e incluso de algunos países —o territorios pertenecientes a ellos— de la Unión Europea (como Luxemburgo, Austria, Islas del Canal, Gibraltar —pertenecientes estos dos últimos a Gran Bretaña— etc.)¹³¹.

De modo que, como apunta Zúñiga Rodríguez, las reticencias a ceder soberanía nacional en las competencias penales y el derecho a la no injerencia de los Estados, han sido un lastre para llegar a acuerdos sobre criminalidad organizada transnacional, sin embargo, estas reticencias no han impedido que poco a poco se haya avanzado en armonizar algunas figuras fundamentales para la Política Criminal de la UE, mediante el sistema primero de Directivas y luego de Decisiones Marco¹³². La Unión Europea ha sido consciente de la necesidad de reaccionar contra el crimen

¹³⁰ Recuerda ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: "Concepto de...", cit., p. 199, que así lo ha hecho en las propuestas de regulación de determinadas materias que conciernen a todos los Estados de la UE, como las Directivas y Decisiones Marco sobre falsificación del euro DM 2000/383, de 29-5-200, terrorismo DM 2002/475, de 13-6-2002, trata de seres humanos DM 2002/629 del 19-6-2002, represión del favorecimiento del ingreso, tránsito y permanencia ilegales DM 2002/946 del 28-11-2002, corrupción privada DM 2003/568 del 22-7-2003, explotación sexual de niños y pornografía infantil DM 2005/222 del 4-2-2005, racismo y xenofobia DM 2008/913 del 28-11-2008, anti-reciclaje Directiva 2005/60/CE del 26-10-2005, tutela penal del ambiente Directiva 2008/99/CE del 19-11-2008, entre las más destacadas.

¹³¹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: *La criminalidad...*, cit., pp. 123 y ss.

¹³² ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: "Concepto de...", cit., p. 199.

organizado, y para ello, ha trazado las líneas generales de actuación que han de seguir los Estados miembros¹³³, proponiendo, por un lado, la elaboración de instrumentos eficaces de cooperación penal internacional, y, por otro, el establecimiento de criterios uniformes de criminalización de las conductas lesivas¹³⁴.

Evidentemente, uno de los medios necesarios para combatir las estructuras delictivas es la adecuada y ágil cooperación policial y judicial que permitan remover los obstáculos que supone la consideración de cada sistema nacional como compartimento estanco. La Unión Europea se ha mostrado tremendamente activa en la elaboración de instrumentos de lucha contra el crimen organizado. La primacía de la cooperación penal (arts. 82 a 86 TFUE) se confirma por la multiplicación de órganos e instituciones cuya misión es apoyar y reforzar la coordinación de los estados en la prevención, investigación y persecución de determinados tipos delictivos (Europol, Eurojust, y Red Judicial Penal)¹³⁵. Las instituciones europeas, conscientes de que la dimensión alcanzada por el crimen organizado impide *per se* a los diferentes Gobiernos de los Estados miembros combatirlo de manera individual, y de que la supresión de los espacios de impunidad dependía en gran medida del alto nivel de integración policial y judicial, comenzaron el sistema progresivo de asistencia judicial, tildado de insuficiente. Se apostó por el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones, que implica que aunque un Estado no pueda tratar una cuestión de igual manera, o ni siquiera similar al de otro estado, los resultados se aceptan como equivalentes a los del propio Estado¹³⁶.

¹³³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: "Posición europea...", cit., p. 118.

¹³⁴ MALANDA, R.: "Un nuevo modelo de Derecho Penal transnacional: El Derecho Penal de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa", en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII (2012), pp. 316-317, alude a la necesidad de actuar en dos niveles: en el ámbito del Derecho Penal transnacional sustantivo, donde se buscaría la armonización de las figuras típicas y de los criterios de atribución de responsabilidad penal, y en el ámbito del Derecho Penal procesal, elaborando instrumentos de cooperación penal internacional, donde cobra importancia el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales.

¹³⁵ MUÑOZ RUIZ, J.: "La lucha...", cit., p. 304.

¹³⁶ Sobre la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, vid. MUÑOZ RUIZ, J.: "La lucha...", cit., p. 306 y ss., quien señala que las instituciones europeas, conscientes de que la dimensión alcanzada por el crimen impide *per se* a los diferentes gobiernos de los Estados miembros combatirlo de manera individual y de que la supresión de los espacios de impunidad dependía, en gran medida, de la firmeza y un alto nivel de integración policial y judicial, comenzaron el abandono progresivo del sistema de asistencia judicial, tildado de insuficiente, y apostó por el reconocimiento mutuo de resoluciones, como principio básico sobre el cual ha de desarrollarse el Área de Libertad, Libertad, Seguridad y Justicia.

Pero, la experiencia había demostrado que no basta la sinergia en la coordinación policial y judicial, la solución al crimen organizado invita a hablar un lenguaje común con la armonización de las legislaciones penales y procesales¹³⁷. En los últimos años, las competencias europeas en materia penal han experimentado una ampliación progresiva: la armonización directa con respecto a las incriminaciones y a las penas en el Tratado de Lisboa ha sido ampliada a diez sectores de la criminalidad particularmente graves que representan una dimensión transnacional (art. 83.1 TFUE): terrorismo, trata de seres humanos, explotación sexual de mujeres y niños, tráfico ilícito de drogas, tráfico ilícito de armas, blanqueo de capitales, corrupción, falsificación de medios de pago, delincuencia informática y delincuencia organizada¹³⁸. La Resolución de 20 de noviembre de 1997 del Parlamento Europeo sobre el “Plan de Acción para la lucha contra la Delincuencia Organizada” que se concreta en la Acción Común 98/7333/JAI, de 21 de diciembre de 1998 del Consejo de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea —sobre la base del artículo 31 TUE citado—, constituye ese primer paso en la armonización de figuras penales, partiendo de una tipificación común de un delito, promovido por la Convención de Palermo y que constituye el supuesto transversal de las formas de actuación de la criminalidad organizada transnacional¹³⁹. Por otra parte, la Decisión del Consejo de la Unión Europea 2004/579/CE, de 29 de abril, que aprueba, en nombre de la Comunidad, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 15 de noviembre de 2000, que fue firmada por España el día 13 de diciembre de 2000, y cuya ratificación se produjo mediante Instrumento de 1 de septiembre de 2003.

Pero sin duda, el instrumento normativo europeo que se sitúa en la génesis de la actual incriminación de la delincuencia organizada en el Código Penal español es la Decisión Marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre,

¹³⁷ Así, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: “El concepto...”, cit., p. 71.

¹³⁸ En este sentido, ESCUCHURI AISA, E.: “Comisión de...”, cit., p. 3. Aunque como advierte con razón MILITELLO, V.: “Criminalidad organizada transnacional y Unión Europea”. Perfiles y problemas”, p. 1. Recurso electrónico disponible en://www.desensosociale.org/CAHIERS_2012, pp. 5 y 6, ordenar la delincuencia organizada en el último lugar de la lista de delitos, parece olvidar que precisamente la delincuencia organizada constituye uno de los ejemplos de criminalidad grave de carácter transnacional, por excelencia. O, la interpretación que puede surgir es que constituya una fórmula residual, de cierre, para abarcar cualquier forma de delincuencia que se realice a través de organizaciones criminales, que permita la armonización.

¹³⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: “Concepto de...”, cit., p. 200.

del Consejo de la Unión Europea sobre la Lucha contra la Delincuencia organizada, que entró en vigor el 11 de noviembre de 2008, dejando sin efecto la Acción Común 98/733/JAI, y que persigue la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en la lucha contra la delincuencia transfronteriza, facilitando el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales¹⁴⁰. El plazo de transposición en los Estados miembros era el 11 de mayo de 2010. Precisamente, esta necesidad de adecuar la legislación española a la Decisión Marco, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, se alegó, entre otras razones, para justificar la introducción en nuestro Código Penal de un nuevo capítulo dedicado a las organizaciones y grupos criminales¹⁴¹.

Por otro lado, buscando las características comunes de la criminalidad organizada, la Decisión marco incide, en primer lugar, en la necesidad de adoptar un enfoque común sobre la participación en las actividades de las organizaciones delictivas. Así, conforme al artículo 2 los Estados miembros deben tipificar como delitos uno o ambos de los siguientes tipos de conducta relacionados con una organización delictiva: a) “la conducta de toda persona que, de manera intencionada y a sabiendas de la finalidad y actividad general de la organización delictiva o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en las actividades ilícitas de la organización, incluida la facilitación de información o de medios materiales, reclutando a nuevos participantes, así como en toda forma de financiación de sus actividades a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva de esta organización; b) la conducta de toda persona que consista en un acuerdo con una o más personas para proceder a una actividad que, de ser llevada a cabo, suponga la comisión de delitos considerados en su artículo 1, aun cuando esa persona no participe en la ejecución de la actividad”.

Más interesante aún es el concepto de “organización delictiva” que la Decisión marco incorpora en su artículo 1 y, aunque no impone su sanción, también describe la “asociación estructurada”: la «organización delictiva» se define como una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto periodo de tiempo, que actúa 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

¹⁴⁰ SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A., SERRANO TÁRRAGA, M. D., VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Curso de...*, cit., p. 798.

¹⁴¹ ESCUCHURI AISA, E.: “Comisión de...”, cit., p. 3; si bien como apunta ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: “Concepto de...”, cit., p. 201, no contempla ninguna norma sobre la criminalidad organizada transnacional o el carácter transnacional de los delitos.

un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material; mientras que la «asociación estructurada» se define como una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito ni que necesite haber asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, continuidad en la condición de miembro, o exista una estructura desarrollada”.

Como bien apunta Díaz Barrado las definiciones de este texto son idénticas a las de la Convención de Palermo excepto en dos detalles: primero porque el número de personas necesarias para formar una organización delictiva se reduce a dos y no a tres, con lo que la Unión Europea establece unas condiciones aún más duras con respecto a este requisito, es decir, más favorables a la persecución de esta forma de delincuencia —la definición del Consejo de Europa también habla de tres o más—¹⁴²; y, en segundo lugar, la propia definición de “organización delictiva” en la Decisión Marco trae consigo la definición de “delito grave”, sin llamarle como tal, al establecer “delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa”¹⁴³.

Pero la lucha europea contra el crimen organizado no acaba aquí. En el ámbito del Consejo de Europa se ha elaborado, también, una definición formal de grupo criminal organizado, contenida en la Recomendación Rec (2001) 11 del Comité de Ministros sobre principios directrices en la lucha contra el crimen organizado. Anteriormente una definición del mismo podía inferirse de los trabajos del Comité de expertos sobre aspectos de Derecho Penal y criminológicos de la criminalidad organizada que, entre otras actividades, anualmente elabora informes sobre la materia. Estos se realizan sobre la base de cuestionarios remitidos por los Estados, a los cuales se les da previamente una lista de características que han de reunir los que se definan como grupos criminales organizados. Cuatro son sus características obligatorias: a) colaboración de tres o más personas; b) por un periodo prolongado o indefinido de tiempo; c) sospechosos o

¹⁴² DÍAZ BARRADO, C. M.: “La cooperación policial y la cooperación judicial en materia penal en el seno de la Unión Europea - Nuevas perspectivas”, en *Noticias de la Unión Europea*, N° 218, marzo, 2003. p. 45.

¹⁴³ ALLI TURILLAS, I.: *Prevención y represión de la delincuencia grave y organizada en la Unión Europea: De la cooperación a la integración*. Tesis Doctoral dirigida por Corriente Córdoba, J. A. Universidad de Navarra, pp. 53 y ss., pone de manifiesto la dificultad de una definición formal de delincuencia organizada.

convictos de comisión de delitos graves; c) con el objetivo de perseguir beneficio y/o poder¹⁴⁴.

De este modo, con el trasfondo de las disposiciones recogidas en la Convención de Naciones Unidas contra la Criminalidad Organizada Transnacional y en la normativa europea, el legislador español ha abordado en las últimas reformas penales (L.O 5/2010 y L.O 1/2015) por una parte, la creación de nuevas figuras delictivas y la inclusión de agravaciones específicas para determinados delitos; por otra, ha introducido especialidades en relación con la ejecución de penas impuestas en la comisión de delitos en el seno de organizaciones criminales; y, finalmente, ha instaurado un sistema de decomiso ampliado¹⁴⁵ para actividades cometidas en el seno de una organización o grupo criminal.

2. *El alcance conceptual de la transposición: los delitos de pertenencia a organización y grupo criminal como repuesta específica*

El riesgo de la expansividad de las agrupaciones delictivas se agrava por la clásica ausencia de una definición concreta de organización criminal. Más allá del artículo 515. 1º nuestro ordenamiento penal carecía de un concepto de organización criminal útil a efectos dogmáticos. La única referencia, a efectos de definición normativa de la criminalidad organizada, la constituye, inicialmente, el artículo 282 bis.4 LECrim¹⁴⁶.

¹⁴⁴ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: *La criminalidad...*, cit., p. 128.

¹⁴⁵ La LO 1/2015 extendió este comiso ampliado, inicialmente previsto por la LO 5/2010 para delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, a otros ámbitos concretamente "a) Delitos de trata de seres humanos; a bis) Delitos de tráfico de órganos; b) Delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores y delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años; c) Delitos informáticos de los apartados 2 y 3 del artículo 197 y artículo 264; d) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en los supuestos de continuidad delictiva y reincidencia; e) Delitos relativos a las insolvencias punibles; f) Delitos contra la propiedad intelectual o industrial; g) Delitos de corrupción en los negocios; h) Delitos de receptación del apartado 2 del artículo 298; i) Delitos de blanqueo de capitales; j) Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social; k) Delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311 a 313; l) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros; m) Delitos contra la salud pública de los artículos 368 a 373; n) Delitos de falsificación de moneda; o) Delitos de cohecho; p) Delitos de malversación; q) Delitos de terrorismo (art. 127 bis CP). Se añade la letra a bis) en el apartado 1 por el art. único.1 de la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero.

¹⁴⁶ Dispone el número 4 del artículo 282 bis LECrim: " A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asocia-

Pero, como apunta con acierto un amplio sector de la doctrina, tampoco cabía admitir, a estos efectos, la definición prevista en este numeral, que identifica el fenómeno del crimen organizado con la agregación de tres o más personas y la permanencia de la actividad delictiva, lo que no supone necesariamente la superación del ámbito de las bandas criminales¹⁴⁷. La inidoneidad de tal noción normativa se deriva igualmente de que está establecida a un fin claramente delimitado —la infiltración de agentes encubiertos¹⁴⁸—, se fundamenta en consideraciones de carácter procesal y

ción de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes: a) Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el artículo 156 bis del Código Penal; b) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal; c) Delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal; d) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal; e) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal; f) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal; g) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal; h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del Código Penal; i) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal; j) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal; k) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal; l) Delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el artículo 399 bis del Código Penal; m) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal; n) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 572 a 578 del Código Penal; o) Delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando”.

¹⁴⁷ En este sentido, BRANDARIZ GARCÍA, J. A.: “Asociaciones y...”, cit., p. 20.

¹⁴⁸ Sobre este particular, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal Parte Especial*, Valencia, 2015, p. 785, indica que con el fin de conseguir una mayor eficacia en la lucha contra el llamado crimen organizado, el art. 282 bis LECrim regula la utilización de agentes de la Policía judicial como “agentes encubiertos”, que se introducen en las organizaciones o grupos criminales para conseguir información, declarando el apartado 5 de dicho precepto que quedan exentos de responsabilidad criminal “por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación del delito”; GARCÍA DEL BLANCO, V.: “Organizaciones y ...”, cit., p. 1915, señala que la protección de los derechos fundamentales no es absoluta y puede ser restringida en función de la necesidad de atender a intereses que, en el caso, sean considerados prevalentes en una sociedad democrática, por ello, como en los supuestos de delincuencia organizada, la investigación criminal puede encontrarse en serias dificultades por la opacidad de tales asociaciones criminales se han arbitrado otras técnicas de investigación nuevas tales como el agente encubierto.

establece un catálogo acotado de infracciones en “*numerus clausus*” que no se adecúa a la realidad criminológica ni a la legislación actualmente vigente, en cuanto quedan fuera algunos subtipos cualificados del Código Penal de pertenencia a organización criminal¹⁴⁹.

Es más, como bien apunta Luzón Cánovas, bajo el prisma de esta legislación europea “mínima”, deben entenderse no sólo los nuevos conceptos de organización y grupo criminal, introducidos por la LO 5/2010, de 22 junio, sino también la definición que sobre delincuencia organizada se contiene en el artículo 282 bis 4 LECrim¹⁵⁰. Habiendo incidido también el Tribunal Supremo en Sentencia 591/2018, de 26 noviembre (*Tol 6940627*), en que «con respecto a la autorización para la figura del agente encubierto, éste se desenvuelve en el terreno de la “delincuencia organizada”, y a estos efectos lo extendemos a lo que se entiende en el art. 570 bis CP como organización criminal y al art. 570 ter CP de grupo criminal»¹⁵¹.

Así las cosas, y como se acaba de señalar, la trascendencia del instrumento internacional propiciado por Naciones Unidas, la Convención de Palermo, y el alcance de la Decisión Marco de 2008, auspiciada por la Unión Europea, quedan patentes por constituir el indicador o base mínima común, que dio pie en España a la introducción de los delitos de organización (art. 570 bis) y grupo criminal (art. 570 ter) a través de la reforma llevada a cabo por la LO 5/2010, de 22 de junio¹⁵². La previsión de estos nuevos tipos, impulsados por las citadas instancias supranaciona-

¹⁴⁹ En este sentido, FARALDO CABANA, P.: “Sobre los conceptos...”, cit., p. 49; TERRADILLOS BASOCO, J. M^a.: “Delitos contra el orden público II”, en Terradillos Basoco, J. M^a. (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, Madrid, 2016, p. 390, quien subraya que tal definición lo es a los solos efectos de aplicación de las medidas especiales contenidas en el propio art. 282 bis; BRANDARIZ GARCÍA, J. A.: “Asociaciones y...”, cit., p. 20; ROPERO CARRASCO, J.: “¿Es necesaria una reforma penal para resolver los problemas de atribución de responsabilidad y “justo” castigo de la delincuencia organizada?, en *Estudios Penales y Criminológicos*, N^o27, 2007, p. 269; BRETONES ALCARAZ, F. J.: “La criminalidad organizada en nuestro Código Penal: tratamiento anterior y posterior a la LO 5/2010 y LO 1/2015”, en *Diario La Ley*, N^o 8613, 2015, p. 2.

¹⁵⁰ LUZÓN CÁNOVAS, M.: La tipificación penal de la organización y grupo criminal. Problemas concursales”, en *Revista de Jurisprudencia*, núm. 3, 2011, p. 1.

¹⁵¹ Aclara la sentencia en cita «...ya que cuando el art. 282 bis LECrim. se refiere a que “cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez”, se está refiriendo a cualquiera de estas dos modalidades antes citadas, y no solo a la del art. 570 bis CP».

¹⁵² FARALDO CABANA, P.: “Sobre los conceptos...”, cit., p. 47.

les con el pretexto de la lucha contra la delincuencia organizada¹⁵³, y su decidida aplicación, constituyen sin duda lo más señalado de la reforma de 2010, acaso una modificación de importancia similar a la previsión de responsabilidad de la persona jurídica¹⁵⁴.

La LO 5/2010 supuso una remodelación completa en el ordenamiento jurídico penal que afecta de manera importante a la criminalidad organizada y, consecuentemente, a los delitos de terrorismo. En primer lugar, se procedió a la reordenación sistemática del Título XXII “Delitos contra el orden público”, de manera que introduce un nuevo Capítulo, el VI, “De las organizaciones y grupos criminales”, donde se regulan los delitos de organización comunes en los artículos 570 bis a quáter, en los cuales se definen dos manifestaciones de la organización delictiva: la organización criminal y el grupo criminal. Junto a ello se segregan los delitos de terrorismo de su anterior ubicación sistemática¹⁵⁵, pasando a ubicarse en la Sección II del nuevo Capítulo VII “De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo”; mientras que en la Sección I de este Capítulo se tipifican las conductas de constitución y pertenencia a organizaciones terroristas (art. 571 del CP) que antes se encontraban reguladas en los supuestos de asociaciones ilícitas de los artículos 515.2 y 516 del Código Penal, derogado tras la reforma¹⁵⁶.

Pero no ha sido ésta la única modificación soportada por esta materia. En coherencia con la supresión del Libro III del Código Penal —y la consecuente derogación de las faltas—, la LO 1/2015, de 15 de marzo, ha dado una nueva redacción al primer apartado de los artículos 570 bis y

¹⁵³ En este mismo sentido se expresa BAJO FERNÁNDEZ, M.: “El desatinado delito de blanqueo de capitales”, en Bajo Fernández, M, y Bacigalupo, S. (Dirs.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, Barcelona, 2009, p. 11, en cuanto también la ONU impulsó la tipificación del delito de blanqueo de capitales —Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de Estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de 20 de diciembre de 1988 (ratificado por España por Instrumento de 30 de julio de 1990) y la Directiva 91/308/CEE y a partir de los años ochenta también la UE.

¹⁵⁴ GARCÍA ALBERO, R.: “De las organizaciones...”, cit., p. 2157.

¹⁵⁵ NÚÑEZ CASTAÑO, E.: *Los delitos de colaboración con Organizaciones y Grupos Terroristas*, Valencia, 2013, p. 85, con anterioridad a la Reforma de 2010 se encontraban regulados en el Capítulo V del Título XXII, rubricado “De la tenencia, tráfico de armas, municiones y explosivos y delitos de terrorismo”.

¹⁵⁶ La reciente Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, de modificación del Código Penal, también ha introducido algunas modificaciones en la materia al objeto de transponer la Directiva 2017/541/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo.

570 ter, eliminando de ambos preceptos las referencias relativas a la “perpetración reiterada de faltas”¹⁵⁷.

Respecto de estas previsiones legales, la cuestión que se plantea es si la tipificación de los delitos de pertenencia a organización o grupo criminal constituye fiel transposición de la normativa internacional o si se aparta de las prescripciones internacionales y, de ser así, cuál es su alcance.

En su redacción en la LO 5/2010 el artículo 570 bis 1 establecía que “a los efectos de este Código se entiende por organización criminal 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, —así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas—. Pero, la finalidad de la Ley ha sido no solo la de combatir la delincuencia organizada transnacional, sino también dar respuesta a la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado que comete delitos menores¹⁵⁸. Para ello, sanciona además el grupo criminal, al que el artículo 570 ter define como “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 o la comisión concertada y reiterada de faltas”.

En el aspecto conceptual, las mayores divergencias y los aspectos más discutibles de esta regulación se manifiestan en el plano de la comparación con los modelos de organización criminal internacional. Atendiendo a las previsiones legales, las definiciones de “organización” y “grupo” criminal (arts. 570 bis y 570 ter, respectivamente) no coinciden con las que establecen los instrumentos jurídicos internacionales a los que se ha hecho referencia: Convención de Naciones Unidas, Decisión Marco de la Unión Europea, y Recomendación del Consejo de Europa¹⁵⁹.

En relación a la definición de organización criminal, la descripción expuesta responde a las exigencias derivadas de la Decisión Marco 2008/841/JAI, del Consejo de 24 de octubre, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada que en su artículo 1 define lo que debe entenderse por organización delictiva, aunque con algunas diferencias en cuanto a su regulación como por ejemplo, la sustitución del adjetivo “estructurada”,

¹⁵⁷ Y, por su parte, las organizaciones y grupos terroristas y los delitos de terrorismo (arts. 571 a 580 CP) han sido modificados por la LO 2/2015, de 30 de marzo.

¹⁵⁸ ESCUCHURI AISA, E.: “Comisión de...”, cit., p. 4.

¹⁵⁹ GARCÍA RIVAS, N. y LAMARCA PÉREZ, C.: “Organizaciones y grupos criminales”, en Álvarez García, F. J. y González Cussac, J. L. (Dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia, 2010, p. 507.

recogido en la Decisión Marco, por la necesidad de que sea “coordinada” y se “repartan tareas o funciones”, que se contiene en el artículo 570 bis; en relación con el requisito temporal, la Decisión Marco se refiere a “un cierto periodo de tiempo”, mientras que nuestro Código penal establece la necesidad de que tenga un carácter estable o por tiempo indefinido¹⁶⁰. Sobre esta base se desprende que el concepto de organización criminal empleado en el artículo 570 bis del Código Penal es bastante más amplio que el utilizado en el artículo 1 de la Decisión Marco 2008/841/JAI¹⁶¹. Como apuntan Gacía Rivas y Lamarca Pérez, ni siquiera el número de personas exigido es igual en los tres textos, si bien es cierto que el artículo 570 ter se acomoda en este aspecto a los exigidos por la Decisión Marco 2008/841/JAI, que exige un mínimo de más de dos personas¹⁶². En cambio, los dos textos internacionales de referencia sí definen el grupo o asociación estructurada de un modo similar, como una organización “no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito ni que necesite haber asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, continuidad en la condición de miembro, o exista una estructura desarrollada”¹⁶³.

Con esta descripción, es evidente que el legislador español fue en la reforma bastante más allá de lo que le obligan ambos compromisos internacionales¹⁶⁴. Los textos internacionales tienden a requerir como características del grupo delictivo dos rasgos, ausentes en la normativa española, que permiten restringir el concepto típico con el que opera y, dicho sea de paso, que facilitan la comprensión de lo que debería entenderse como organización criminal en sentido propio¹⁶⁵: que la agrupación de personas debe tener como objetivo la comisión de delitos de cierta gravedad y que su finalidad, en última instancia, sea de carácter económico o material. Ninguna de estas exigencias aparece en el texto aprobado, que presenta por ello un radio de acción mucho más amplio que el de los textos internacionales¹⁶⁶. Si a ello se suma que las exigencias internacionales no im-

¹⁶⁰ En este sentido, NÚÑEZ CASTAÑO, E.: *Los delitos...*, cit., p. 97; FARALDO CABANA, P.: “Sobre los conceptos...”, cit., p. 51.

¹⁶¹ FARALDO CABANA, P.: *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código Penal español*, Valencia, 2012, p. 58.

¹⁶² GARCÍA RIVAS, N. y LAMARCA PÉREZ, C.: “Organizaciones y...”, cit., p. 507.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 508.

¹⁶⁴ GONZÁLEZ RUS, J. J.: “La criminalidad organizada en el Código Penal”, en *Anales de Derecho*, nº 30, 2012, p. 18.

¹⁶⁵ BRANDARIZ GARCÍA, J. A.: “Asociaciones y...”, cit., p. 19.

¹⁶⁶ GARCÍA RIVAS, N. y LAMARCA PÉREZ, C.: “Organizaciones y...”, cit., p. 507.

ponían la incriminación del grupo criminal, las divergencias se producen, pues, en tres aspectos claramente diferenciados:

En *primer lugar*, en relación al objeto material, siguiendo los derroteros de la figura de asociación para delinquir u organización criminal de otros ordenamientos, se entiende que no puede sancionarse de manera específica cualquier “grupo” que en el marco de su funcionamiento realice actividades ilícitas, sino que procede adicionar el de la gravedad de los delitos pretendidos o cometidos¹⁶⁷. La Convención de Palermo circunscribe el compromiso de castigar la participación en organizaciones criminales a que su propósito sea, al menos, cometer “delitos graves”, —entendiendo por tales aquellos que resulten punibles “con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave” (art. 2.a y b)— y la Decisión Marco de 2008 cifra tal exigencia en injustos sancionables con una pena o medida de seguridad privativas de libertad de al menos cuatro años o con una pena aún más severa (art. 1.1). Con estas previsiones, la normativa supranacional logra algo muy necesario, a saber, evitar la expansión ilimitada de los tipos de organización criminal, eludiendo el riesgo de bagatelización de las conductas sancionables¹⁶⁸.

Sin embargo, el legislador español pensó que debía llevar la punición más lejos: al castigo de agrupaciones criminales cuyo fin sea cometer delitos, esto es, cualquier delito, cualquiera que sea su pena y, no contento con ello, también si el propósito es llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas. De este modo, en su paroxismo punitivo, originariamente, el legislador no solo no limitó la intervención a delitos con más de cuatro años de prisión sino que la extendió hasta comprender también las faltas, desfigurando groseramente con ello el sentido propio de la criminalidad organizada y la intervención penal ante la misma¹⁶⁹. Con la modificación operada en este precepto por la LO 1/2015, y la supresión del Libro III (De las faltas), no cabía el mantenimiento en estos preceptos de la refe-

¹⁶⁷ BRANDARIZ GARCÍA, J. A.: “Asociaciones y...”, cit., p. 19.

¹⁶⁸ BRANDARIZ GARCÍA, J. A.: “Asociaciones y...”, cit., p. 19. En análogos términos, PÉREZ CEPEDA, A. I.: *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal postmoderno*, Madrid, 2007, p. 98; SILVA SÁNCHEZ, J. M^a.: “¿‘Pertenencia’ o ‘intervención’? Del delito de pertenencia a una organización criminal a la figura de la ‘participación a través de organización’ en el delito”, en de Toledo y Ubieto, O., Gurdíel Sierra, M. y Cortés Bachiarelli, E. (Coords.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, p. 1092, sostiene que la sanción autónoma de participación cuando tiene lugar en el marco de una organización sólo es defendible en los casos en que los delitos fin de la organización fuera de una entidad suficiente como para justificar el referido adelantamiento de las barreras de intervención penal.

¹⁶⁹ GONZÁLEZ RUS, J. J.: “La criminalidad...”, cit., p. 18.

rencia a “la perpetración reiterada de faltas”¹⁷⁰, por lo que eliminó esta referencia, pero la modificación no fue sustanciosa. Este cambio habría supuesto una reducción del ámbito de aplicación del tipo penal si el legislador realmente hubiera hecho desaparecer las faltas del Código Penal. Pero no ha sido eso lo que ha ocurrido, pues un amplio porcentaje de las mismas ha sido trasladado al Libro II convirtiéndolas en delitos leves sin más modificación que el incremento de las penas previstas. De este modo se ha conseguido que ilícitos que hasta el momento requerían para poder atribuir relevancia penal a tales uniones de más de dos personas, de una “reiteración”, puedan producir el mismo efecto de manera inmediata, es decir, sin necesidad de que el fin o propósito sea su repetida comisión¹⁷¹.

En *segundo lugar*, otro de los rasgos es el de la finalidad lucrativa con la que opera el grupo, mencionada en la Convención de la ONU, en la Recomendación del Consejo de Europa y —aunque con matices— en la Decisión Marco de la UE; requisito del que también se ha prescindido en la regulación del Código Penal, que ni lo menciona. Esta exigencia de que el fin último de los delitos proyectados sea conseguir un provecho económico o material, acota con claridad el supuesto de criminalidad organizada objeto de la normativa internacional. Dichos textos sólo pretenden regular un específico fenómeno de criminalidad organizada, aquél que se guía exclusiva o prioritariamente por finalidades lucrativas, el cual aúna a su comprobada peligrosidad intrínseca el hecho de desarrollarse generalmente en un ámbito de actividades completamente ilícitas o, en su caso, apenas amparadas por una falaz cobertura lícita¹⁷².

En *tercer lugar*, los textos internacionales imponían el compromiso a los Estados miembros de la tipificación de la pertenencia a “organización criminal”, no a “grupo criminal”. Al margen de que la opción político criminal adoptada por el legislador pueda ser criticable, pretendió no dejar

¹⁷⁰ Tras la LO 1/2015, se define la organización criminal (art. 570 bis) como “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”; y se define el grupo criminal (art. 57 ter) como “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.

¹⁷¹ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A.: “Organizaciones y grupos criminales”, en González Cussac, J. L. (Dir.) Górriz Royo, E. y Matallín Evangelio, A. (Coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Valencia, 2015, p. 1348.

¹⁷² BRANDARIZ GARCÍA, J. A.: “Asociaciones y...”, cit., p. 19, advierte que la normativa internacional no se preocupa de criminalizar otros grupos organizados que en el marco de sus actividades cometan delitos cuando sus fines no son propiamente lucrativos.

sin cobertura jurídico-penal otros fenómenos asociativos análogos muy extendidos en la sociedad actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos, que no reúnen esos requisitos estructurales de las organizaciones criminales pero que sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes, como por ejemplo, bandas de carteristas, timadores, etc., (Exposición de Motivos LO 5/2010).

SEGUNDA LECTURA

Zurita Gutiérrez, A. (2020). *Conducta típica de la organización criminal y criterios de imputación objetiva*. Zurita Gutiérrez, A. El delito de organización criminal. Fundamento y contenido de injusto. Barcelona, España. Editorial Boch Penal, pp. 175-242.

Se analiza las características de la configuración del delito de organización criminal y criterios de imputación objetiva. Dichas conductas actuales consisten concretamente en promover, constituir, organizar, coordinar o dirigir una organización criminal, así como en participar activamente, formar parte de ella o cooperar con ella.

ALRI ZURITA GUTIÉRREZ

EL DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL: FUNDAMENTOS Y CONTENIDO DE INJUSTO

PRÓLOGO DE
Miguel Polaino Navarrete

Barcelona
2020

JIB
BOSCH EDITOR

● SEPTIEMBRE 2020 ALRI ZURITA GUTIERREZ

● SEPTIEMBRE 2020

JTB BOSCH
EDITOR

Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>


E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-121260-1-3

ISBN digital: 978-84-122429-2-8

D.L.: B 17834-2020

Diseño portada y maquetación: CRISTINA PAYÁ  +34 672 661 611

Printed in Spain – Impreso en España

CAPÍTULO IV

Conducta Típica de la Organización Criminal y Criterios de Imputación Objetiva

1. Configuración legal de la organización criminal (art. 570 bis CP)

Antes de la Reforma penal de 2010, era habitual en la doctrina estudiar las conductas de los fundadores, directores y miembros como formas de intervención en los delitos de asociación ilícita. Sin embargo, podríamos examinarlas desde el punto de vista de la conducta típica que desarrollan, puesto que los términos que utiliza el Código penal no serían más que la expresión abreviada de los distintos comportamientos típicos, que se sustentan. Dichas conductas actuales típicas consisten concretamente en promover, constituir, organizar, coordinar o dirigir una organización criminal, así como en participar activamente, formar parte de ella o cooperar con ella⁴⁹⁸.

Con posterioridad a la Reforma penal de 2010 se tiene como resultado el surgimiento de nuevos tipos delictivos que buscan responder de mejor manera a la delincuencia organizada, reconociendo ya de por sí que el delito de asociación ilícita no podía combatir como era debido dicho fenómeno delictivo, en razón de la poca aplicación del tipo penal. En suma, se configuran los tipos legales de delitos autónomos de «organización criminal» y de «grupo criminal». Centramos nuestra atención en el delito de organización criminal, que incrimina el art. 570 bis en los siguientes términos:

«1) Quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal serán castigados con la pena de prisión de cuatro a

498 FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 244.

ocho años si aquella tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos; y quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de uno a tres años en los demás casos (...).

En la presente descripción legal se puede apreciar que se hace una separación, en cierta medida jerárquica, entre quienes componen o forman parte de la cúpula organizativa y los que son miembros o cooperadores de la organización. En el primer caso se aplican penas más elevadas a los que componen el primer grupo —que ocupan puestos importantes dentro de la organización—, y en el otro grupo se aplican penas relativamente menos estrictas en razón a la posición de sus autores —que ocupan posiciones o funciones menos importantes—.

La aludida distinción punitiva en función de la gravedad de actos delictivos cometidos se ha estimado adecuada, señalándose que dicha distinción no aparecía en la figura de asociación ilícita⁴⁹⁹. Cabe adelantar que en dicha separación se hace inclusión del acto de «promover», respecto de la que de antemano manifestamos que, en nuestra modesta opinión, no debería compararse ni sancionarse como se hace con los demás miembros activos de la organización.

Por otro lado, conforme las reglas generales de la teoría jurídica del delito, la conducta típica de la organización criminal se ubicaría en una fase preparatoria del tipo, habiéndose tipificado comportamientos que no constituyen aún la ejecución de un delito en concreto, aunque están destinados a prepararla —o se generan con ese fin—. De esta forma, en la actividad de la organización criminal se ubicarían tanto las resoluciones de manifestaciones destinadas a la estructura y sus papeles dentro de la organización y de la ejecución de un futuro delito como las aportaciones de carácter material para el sostenimiento de la propia organización o del futuro delito⁵⁰⁰. Todo este universo de acciones y de distribución de funciones tiene como objetivo la comisión de delitos, apoyados todos en la estructura organizativa.

Por último, y ya entrando en el núcleo del tema, resulta necesario trazar los límites entre las diversas figuras, lo que pretendemos conseguir realizando un análisis

499 SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, «De las organizaciones y grupos criminales», en GÓMEZ Y MILLO, Manuel, (Dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 1927.

500 GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, «Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales», en ORTIZ DE URBINA JIMENO, Inigo, *Reforma penal*, Francis Lefebvre, 2010, p. 560.

lisis detenido de las figuras de los promotores y fundadores entre sí, por una parte, así como también de los organizadores, coordinadores, por otra, además de los que dirigen la organización. Por otro lado, es preciso delimitar el comportamiento de los integrantes frente al realizado por los cooperadores, teniendo en cuenta que se castigaría la mera integración, sin necesidad de que se trate de un miembro activo de la organización criminal, particular sobre el que haremos hincapié más adelante.

2. Modalidades alternativas de la conducta típica de la organización criminal

2.1. Promoción

Tras las consideraciones previas, pasamos a analizar las conductas típicas de los promotores o constituyentes, que serían quienes adopten decisiones o desempeñen responsabilidades de carácter fundacional o de creación y puesta en funcionamiento de la organización, y también quienes promocionan y promueven y quienes a dicho fin realizan labores de captación de los que van a integrar el núcleo operativo de la organización⁵⁰¹. Asimismo, quienes realizan la función de reclutamiento y adoctrinamiento de sus miembros, es decir, todos aquellos que la promueven, entre ellos, los fundadores del ideario de la banda criminal y de sus líneas de actuación, los cuales suelen estar vinculados a su creación. Es además posible que, estando ya constituida la organización, surgieran nuevas líneas de actuación defendidas por algunos sujetos que implicasen cambios de objetivos o estrategias de actuación⁵⁰². Hasta aquí se hace presente un aglutinamiento de las conductas típicas referente a «promover, constituir, organizar y dirigir» de modo que esta situación sólo llevaría a confundir, puesto que lo que se tiene que hacer es estudiar las posibles diferencias, existentes entre estos verbos. Además de las relativas a otras modalidades de conducta citadas por el Código penal, como son las imputadas a los miembros activos y los cooperadores.

En el estudio de la conducta típica de la organización criminal, hemos de comenzar por analizar el verbo «promover», el cual tiene un significado que no está

501 SERRANO GÓMEZ, Alfonso; SERRANO MAÍLLO, Alfonso y otros, *Curso de Derecho penal. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 800.

502 GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, «Criminalidad organizada: organizaciones», op. cit., p. 561.

abarcado por «fundar» –entendiendo este verbo como constituir–, sino que en particular se refiere más propiamente, como indica el Diccionario de la Lengua Española, «a gestionar asunto, realizar las diligencias conducentes para su logro»⁵⁰³. Ciertamente –como manifestamos anteriormente– en primera instancia daría a entender que abarca también la actividad de organización, coordinación y dirección. Si bien la distinción carece de relevancia práctica –para algunos–, al estar las conductas sancionadas con la misma pena. Cabe preguntarse si también abarca la función de reclutamiento y adoctrinamiento de los miembros, incluyendo la actividad realizada por los fundadores del ideario de la organización y sus ideólogos⁵⁰⁴.

Llegados a este punto, hemos de indicar que el hecho de entender como sinónimos los presupuestos de «promover, constituir, organizar y dirigir» nos llevaría sólo a confusión, si consideramos esos elementos como iguales, porque estaríamos mezclando situaciones temporales y entendiendo en primera instancia que existiría una diferencia entre las acciones descritas por el verbo «promover» y el verbo «fundar», pero a su vez también equiparando «promover» con la «actividad posterior de organización, coordinación y dirección», situación que a nuestro juicio confunde y merece ser aclarada.

Ahora bien, el primer párrafo del art. 570 *bis*. 1 CP, que incrimina el tipo básico de la organización criminal, establece una distinción en la penalidad en función del concreto rol que desempeñe cada uno en el seno de la organización y también en función del delito⁵⁰⁵.

Aunque para algún autor la «promoción, constitución y organización» han de ser entendidas como sinónimos⁵⁰⁶, otro punto de vista –que consideramos más acertado– entiende que el verbo «promover» no presupone la existencia de la organización, sino que antes bien el promover la organización exige necesariamente un comportamiento realizado en un momento anterior a su constitución⁵⁰⁷, es decir, la modalidad de promover la organización (todavía no existente) supone una censura-

503 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, 22ª ed., tomo II, Editorial Espasa, Madrid, 2001, p. 1844.

504 FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pp. 267-268.

505 POLAINO-ORTS, Miguel, *Curso de Derecho penal del enemigo. Delincuencia grave y exclusión social en el Estado de Derecho*, Digital@tres, Sevilla, 2013, p. 108.

506 SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E., «Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales», en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coord.), *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 1196.

507 POLAINO-ORTS, Miguel, *Curso de Derecho penal del enemigo*, op. cit., p. 109.

ble anticipación de la anticipación punitiva, y por tal motivo se trataría de un doble adelantamiento, que en consecuencia se alejaría excesivamente del núcleo típico del resultado ulterior de delito-fin y que no debiera equipararse normativamente, aunque el legislador lo haga respecto de aquellas conductas en las que ya la organización ha sido creada y se halla activa en el mundo social⁵⁰⁸.

Por tanto, consideramos que la incorporación de la conducta típica de «promover» es criticable, puesto que se encontraría en un momento anterior a la constitución o fundación, es decir, en la génesis existencial de la organización criminal, sin materialización alguna en la sociedad, por tanto, carecería de todo significado el que este incorporado como una conducta típica.

2.2. Constitución

Una vez establecido, de acuerdo a los argumentos expuestos, que la conducta de «promover» no encuentra cabida dentro de la conducta típica de la organización criminal, al menos en la situación temporal en que se ubica el Código penal previa a la materialización de la organización criminal, en razón a su distanciamiento temporal de lo que realmente nos interesa en este punto, que es la «constitución de la organización», cuyo resultado es la materialización de la conducta, pasamos a desarrollar precisamente este elemento. Como punto de partida es de señalar que el verbo «constituir» se emplea también en relación con el grupo criminal. Y de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, en su segunda acepción, constituir significa «establecer, erigir, fundar»⁵⁰⁹, esto es, se trata de un término que tiene equivalencia a «fundar»⁵¹⁰.

A su vez, fundador es un término que se refiere a «establecer, crear»⁵¹¹ algo —en nuestro caso, una organización—. También «se aplica al que funda algo», es decir, crear un establecimiento o institución, tales como un hospital, una asociación o una empresa, lo que parece aludir a un procedimiento formal que es reconocido por el Estado y previsto en la ley para la constitución de ciertas entidades. No obstante, no sería adecuado adoptar un entendimiento tan restrictivo, que convertiría en atípica

508 POLAINO-ORTS, Miguel, «Organizaciones y grupos criminales», en POLAINO NAVARRETE, Miguel, (Dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial, adaptadas a la ley orgánica 5/2010 de Reforma del Código penal*, tomo II, Tecnos, Madrid, 2011, p. 570.

509 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, 22ª ed., tomo I, Editorial Espasa, Madrid, 2001, p. 632.

510 FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., p. 268.

511 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, 22ª ed., tomo I., op. cit., p. 1099.

la misma conducta realizada en el marco de asociaciones inicialmente ilícitas, ya que significa también «establecer, crear»⁵¹² pero desde una perspectiva de fenómeno criminal.

Puede afirmarse que la actividad que lleva a cabo el «fundador» tiene lugar necesariamente con anterioridad a la «constitución» una vez constituida la entidad ilegal. Es muy probable que después el fundador pueda seguir unido a la organización, pero la labor fundacional genuina es aquella que precede al establecimiento de la organización⁵¹³.

Si bien el término «fundador» en primera instancia podría tener un carácter institucional –como se ha indicado en el epígrafe anterior– ahora no muestra particular relevancia en el sentido que perseguimos. Ya que aquí nos interesa valorar principalmente el carácter ilegal de la organización, pues –como indica CANCIO MELIÁ– debe tenerse en cuenta que la conducta de los «fundadores» deberá referirse a una asociación ilícita desde el momento de su fundación; en los supuestos de ilicitud sobrevenida, dejando de lado aquellas que después de constituirse lícitamente devienen en ilícitas⁵¹⁴. Es por ello que debería darse una unificación entre el fundador y el miembro activo, lo que requeriría que el sujeto haya realizado alguna tarea dentro del colectivo que vaya mas allá de su mera afiliación⁵¹⁵.

Al margen del carácter institucional que pueda tener a los ojos del Estado, nos centraremos en el carácter intrínsecamente ilegal al momento de su constitución y lo que esa organización representa para la sociedad de ahí en adelante. En suma, la conducta de constituir relacionada con la de fundar es el momento cumbre o punto de partida en el que da inicio la creación real y efectiva de la organización criminal.

512 FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., p. 247.

513 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, Bosch, Barcelona, 1978, p. 269.

514 CANCIO MELIÁ, Manuel, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (Dir.), *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 1293.

515 CANCIO MELIÁ, Manuel, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (Dir.), *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 1293.

2.3. Organización y coordinación

Después del examen de los comportamientos de «promover y constituir», se han de analizar las modalidades típicas de acción de «organizar, coordinar y dirigir» en una organización criminal, en la que se presupone que la organización ya se ha creado, es decir, que ya existe en el mundo y que se dispone a cometer los delitos con cuya finalidad se ha constituido: en este momento merece ser combatida, y además de manera anticipada, visto desde la óptica del delito-fin, esto es, antes de que la organización realice un mal mayor se sanciona a los cabecillas de los mismos por haber constituido, organizado, coordinado o dirigido la organización criminal⁵¹⁶.

Entrando en el análisis de las mencionadas modalidades, en primer lugar se ha de señalar que son directores organizadores o coordinadores los que gobiernan o mandan en una asociación criminal, en referencia propiamente a aquellos que dan las reglas, órdenes y directrices que deben seguirse dentro de la organización. Éstos deberán poseer, en el marco de la organización, la responsabilidad efectiva y autónoma de abordar decisiones que orientan la actuación de los miembros de la misma, es decir, tareas de mando⁵¹⁷. Tendrían entonces una capacidad de mando y/o tomar decisiones dentro de la organización. De acuerdo con la sentencia 187/2013, de 11 de febrero, queda claro que por lo menos organizar equivaldría a coordinar⁵¹⁸.

Las asociaciones —en nuestro caso organizaciones— de hecho viven al margen del orden establecido y no tienen ni pretenden adquirir reconocimiento jurídico institucional. En consecuencia, se reputan ilícitas todas las organizaciones que persigan objetivos delictivos, o contrarios a la moral pública, subversivos, o discriminatorios, etc. Lo importante es que se trate de una organización, esto es, una estructura que se proyecta más allá de la realización de unos actos delictivos concretos, que sobrevive a la consumación de éstos⁵¹⁹. De esta manera, el significado de «organizar» es «establecer o reformar algo para lograr un fin, coordinando las personas y los medios adecuados»⁵²⁰. De esta forma, cabe entender organizar y coordinar como sinónimos. Al equipararse a la dirección a efectos de pena, debe exigirse que tenga

516 POLAINO-ORTS, Miguel, «Organizaciones...», op. cit., p. 570.

517 GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, «Criminalidad organizada: organizaciones», op. cit., p. 562.

518 STS 187/2013, de 11 de febrero, Ref. Iustel: §356856, Fundamento de Derecho (Tercero).

519 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., p. 236.

520 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, 22ª ed., tomo II, op. cit., p. 1631.

similar importancia en relación con la contribución que supone al desarrollo de la organización⁵²¹.

Debe constatarse en cada caso la existencia de una verdadera organización en el sentido de que la estructura funcional está por encima de actos concretos; no basta, pues, la concurrencia de un determinado número de personas, sino que deben estar presentes todos los elementos que permiten hablar efectivamente de una organización⁵²². Entre ellos, claro está, el que cumple la función de «organizar o coordinar» la estructura organizativa, teniendo capacidad decisoria y orientando su actuación *ex post* de una idoneidad delictiva.

En este sentido, la estructura organizacional va ligada a la organización agrupando y coordinando las tareas que deben ser desempeñadas para realizar sus objetivos, esto en consecuencia del tiempo de que estas organizaciones tienen una vida más o menos larga terminan generando una estructura⁵²³. Una estructura organizacional define el modo en que se dividen, agrupan los trabajos y las actividades —de la organización criminal—⁵²⁴. Por tal motivo, la estructura de una organización no es fruto espontáneo de la mera interacción de sus miembros —si pensáramos así estaríamos errando—, sino que, por el contrario, ha sido pensada y construida de forma deliberada, buscando crear la realización de ciertos objetivos organizacionales⁵²⁵. Puede concluirse que el resultado estructural no es fruto de la casualidad, sino que constituye el resultado de la realización de «organización y coordinación» en el transcurso del tiempo, la cual es merecedora de una sanción penal.

2.4. La figura del director

Tratándose de la organización criminal, ya se ha señalado que el art. 570 bis del CP tipifica y reprime dos formas de participación en la organización criminal, a saber, la de los que constituyen el núcleo de la organización y por otro lado los menos partícipes.

521 FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., p. 270.

522 LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, p. 229.

523 DE LA CORTE IRÁÑEZ, Luis, *La lógica del terrorismo*, Alianza Editorial, Madrid, 2006, p. 280.

524 ROBBINS P., Stephen / JUDGE A., Timothy, *Comportamiento organizacional*, 13ª ed., trad. de Javier Enriquez Brito, Pearson Educación, México D. F., 2009, p. 519.

525 DE LA CORTE IRÁÑEZ, Luis, *La lógica...*, op. cit., p. 280.

Para GARCÍA ALBERO, la «organización, constitución y coordinación» no son sino la desafortunada expresión de un intento por aprehender casuísticamente todo papel dirigente o relevante en la organización, ya sea en su génesis o en momento posterior, es decir, cuando la organización ya está conformada. En su concepto el elenco de dirigentes o personas que desempeñan roles directivos no tiene por qué referirse a la cúpula de la organización misma en su conjunto, sino que basta con que se refiera a una parte o sector relevante de la organización⁵²⁶. Apreciación que realiza apoyándose en la (STS 20-10-2009 [RJ 5996]). Postura que incluiría también a los mandos intermedios que tengan cierta relevancia dentro de la organización, es decir, nos estaríamos refiriendo a los miembros activos de la organización.

Por su parte, FARALDO CABANA indica que en los casos de «organización, coordinación, dirección» lo correcto sería llegar a la misma conclusión que en materia de asociaciones ilícitas, es decir, que se entiende que la conducta de los mandos intermedios se habría de castigar como integración activa en la organización criminal⁵²⁷. Y no ligarlo a los directores u organizadores, que tienen una sanción más elevada.

Similar postura asume GARCÍA DEL BLANCO, al indicar que son los dirigentes, directores, organizadores o coordinadores los que gobiernan o mandan en una asociación criminal, esto es, aquellos que dan las reglas, órdenes y directrices que deben conseguirse dentro de la organización, Deberán poseer, en el marco de la organización, la responsabilidad efectiva y autónoma de adoptar decisiones que orientan la actuación de los miembros de la misma, propiamente tareas de mando⁵²⁸.

Ciertamente el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de manifestarse, sobre la determinación de una estructura o cierta división de roles dentro de la organización, así en la STS 808/2005 de 23 de junio, que textualmente indica: «Al comienzo de los hechos probados ya se describe a todas las personas de la trama que fueron sorprendidas en el delito; existía una diferenciación en sus cometidos, dividiéndose en tres grupos: los jefes o personas que llevan a cabo los actos de mayor responsabilidad, entre los que se hallaba el recurrente e Isidro, otros que de forma estable y permanente realizaban otras tareas, y un tercer grupo integrado por personas que transitoriamente

526 GARCÍA ALBERO, Ramón, «Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 9ª ed., Aranzadi, Navarra, 2011, p. 2227.

527 FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., p. 270.

528 GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, «Criminalidad organizada: organizaciones», op. cit., p. 562.

te y para una operación concreta prestaron colaboración a los primeros»⁵²⁹. En el caso de la figura del jefe, la jurisprudencia establece que, según la doctrina, por «jefe» debe entenderse la persona que da órdenes a los otros miembros de la organización; «administrador» es el sujeto al que se le confía la gestión económica de la organización, y «encargado» es la persona que tiene a su cuidado cierta cosa o la persona que dirige un negocio en representación del dueño del mismo⁵³⁰.

El Tribunal Supremo, básicamente, hace la separación de tres figuras, esto es, los miembros que se encuentran en la cúpula o cima de la organización, los miembros activos, y por último los meros colaboradores. Aunque también en otra Sentencia, la STS 109/2012, de 14 de febrero, reconoce lo complicado que es en la práctica diferenciar estas modalidades manifestando que «la distinción legal entre directivos, miembros activos y meros afiliados o miembros pasivos se trata de una división conceptual que no siempre resulta fácil ni clara en la práctica»⁵³¹.

Por otra parte, lo específico del comportamiento de un directivo es el rango jerárquico, la posición orgánica desde la que actúa, una posición de predominio, de supremacía, aceptándose que las funciones de mando pueden ejercerse de forma originaria o delegada. De este modo, junto a los directivos máximos o directivos últimos, se introduce la figura de los mandos intermedios, que participa de las funciones de dirección, por más que sus funciones se maticen temporal o localmente; por más que sean delegadas u ocasionales, subalternas. Para poder calificar una conducta como de dirección, el sujeto debe poseer, en el marco de la organización, la responsabilidad efectiva y autónoma de adoptar decisiones que orienten la actuación de la organización, responsabilidad efectiva en cuanto a la comisión de delitos⁵³².

Hasta este punto, como se pudo apreciar existen divergencias en cuanto a determinar si existe una separación de los miembros de la cúpula organizativa, que ocupan cargos de relevancia dentro de la estructura organizativa y los miembros activos. En lo que respecta a los miembros activos y los cooperantes, ambas son figuras que ahora conforme al Código penal formarán parte un segundo grupo distinto al de director, y que el legislador lo ha equiparado de manera sistemática al aplicarles la misma sanción penal.

529 STS 808/2005, de 23 de junio, Fundamento de Derecho (Segundo).

530 STS 849/2013, de 12 de noviembre, (Roj: STS 5629/2013), Fundamento de Derecho (Cuarto).

531 STS 109/2012, de 14 de febrero, Ref. Iustel: §347099, Fundamento de Derecho (Vigesimo Quinto).

532 GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, «Criminalidad organizada: organizaciones», op. cit., p. 562.

2.5. Integración o pertenencia

Cuando hablamos de integración o pertenencia a la organización criminal, nos referimos propiamente a la actuación de los miembros activos de la organización criminal que, como es lógico, debe formarse mediante el acuerdo o pacto de sus componentes, en orden al objetivo determinado por la ley: cometer delitos. Como cualquier acuerdo, puede ser explícito o implícito: el primero constituido por la clara expresión de la voluntad en tal sentido, y el segundo por medio de actividades unívocamente demostrativas de la existencia de la *organización*⁵³³. El delito se consuma con el sólo hecho de formar parte de la *organización criminal* y, habida cuenta del carácter permanente –o indefinido– de la misma, el delito existe hasta el momento en que el sujeto deja de pertenecer a la asociación, ya sea por su disolución, por el arresto de sus integrantes, por la reducción de la cantidad de sus miembros a menos de tres⁵³⁴.

Para CREUS, ser miembro de la *organización criminal*, no exige, por sí, una actividad material, sino la de estar intelectualmente en el concierto delictivo que se forma o la de unirse al ya formado; o sea, coincidir intencionalmente con los otros miembros sobre los objetivos asociativos. Para ello –desde su perspectiva– basta el acuerdo, sin que sea imprescindible ninguna forma corporal de expresión voluntaria, es decir, no es necesario el trato directo entre *los miembros*, ni siquiera que se conozcan entre sí; es suficiente con que cada uno sepa que integra una asociación. Por otro lado, no la integra quien se limita a prestarle ayuda o auxilio sin voluntad de unirse a ella⁵³⁵.

En esta línea, se ha indicado que el trato personal no es necesario entre alguna de sus partes –por ejemplo los jefes o directores con los colaboradores–, ni tampoco que todos sus integrantes se reúnan en un sitio determinado, citando como ejemplo a la mafia italiana⁵³⁶. El sentido de la identidad la organización además de compartir

533 CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, tomo II, 6 ed., Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 109. Las cursivas son nuestras.

534 DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal. Parte general*, tomo II-C, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, p. 312. Las cursivas son nuestras.

535 Para lo cual plantea los siguientes ejemplos; «quien le suministra elementos materiales para cometer ciertos delitos» también «el receptor que se pone de acuerdo con los miembros de la organización para recibir todo lo que produzcan de sus actividades delictivas» *Vid.*, CREUS, Carlos, *Derecho penal*, op. cit., p. 111. Las cursivas son nuestras.

536 DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal*, op. cit., p. 302. / Similar postura asume SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, § 130, tomo IV, Tea, Buenos Aires, 1992, p. 712.

los objetivos delictivos, hacen que puedan considerarse como miembros activos, y aleja a su vez a aquellos que se limitan a prestarle ayuda o auxilio.

Así también el concepto de pertenencia o integración tienen un carácter más o menos permanente, nunca esporádico, y exige un cierto comportamiento activo en relación con los fines u objetivos de la organización, esto es, participar en sus fines, aceptar el resultado de sus actos y eventualmente realizar actos de colaboración que, por razón de su integración, se convierten en actividades que coadyuvan en la finalidad que persigue la organización. Incluye la relación de todo tipo de actividades de diferente entidad material que contribuyan a la estructuración, cohesión y actividad de la organización en conexión directa con el proyecto criminal⁵³⁷.

Para MANZANARES SAMANIEGO, miembros activos son todos aquellos que, sin ser fundadores, directores o presidentes, desarrollan actividades dentro de la organización o en el marco de la misma. También es miembro activo quien se mantiene en comunicación activa con la sociedad –en nuestro caso, la organización– como activa es la colaboración de quien se traslada a las sesiones, haciendo así posible una celebración de la que forma parte⁵³⁸.

Por su parte, GARCÍA-PABLOS hace una estratificación de la organización y sitúa en un grado intermedio al miembro activo, indicando que no es un afiliado más, sino que se encuentra en una categoría intermedia. Se distingue del afiliado, es decir, del «mero individuo», no por el hecho de llevar a cabo una determinada actividad sino porque participa en el ejercicio de funciones de mando. El miembro activo se consideraría como un mando intermedio o subalterno, pero no un hombre de filas más o menos activo. Del directivo difiere por razones jerárquicas y funcionales: es un directivo pero no uno de los máximos directivos; ejerce mando, pero no es el mando; participa en el ejercicio de ciertas funciones de dirección, pero su autoridad no es originaria sino derivada⁵³⁹.

La figura de miembro constituye el mando intermedio que se ajustaría con en el de miembro activo, en este sentido, FARALDO CABANA es partidaria de entender

537 SERRANO GÓMEZ, Alfonso / SERRANO MALLÓ, Alfonso y otros, *Curso de Derecho Penal Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 800.

538 MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Estudio de la Ley orgánica 4/1980, de 21 de mayo de Reforma del código penal en materia de los delitos relativos a las libertades de expresión, reunión y asociación*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1982, p. 137. La cursiva es nuestra.

539 GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Alocuciones Ilícitas*, op. cit., pp. 267-268.

restrictivamente el concepto de dirigente. Aunque el concepto de «miembro activo» no se limita a los mandos intermedios, sino que se refiere a algo más. Evidentemente no hay supuestos de realización de comportamientos propios de todo miembro de una *organización*, como puede ser cotizar, realizar actos de propaganda y proselitismo o asistir a reuniones. En las *organizaciones* para delinquir debe tratarse de actividades dirigidas directamente a cometer algún delito o falta o promover su comisión, actividades que por lo menos deben constituir como mínimo actos preparatorios del delito en cuestión. Además, deben denotar algún peligro para algún bien jurídico cuyo ataque sea práctica propia de la actividad criminal de la *organización* en cuestión⁵⁴⁰.

Asimismo, se ha entendido que los miembros activos son aquellas personas que, aparte de haber entrado a formar parte de la asociación —entendida ésta como *organización*— también han llevado a cabo determinadas acciones adicionales a la integración en aquella⁵⁴¹.

En el caso concreto de una *organización criminal* sólo puede hablarse de un miembro activo, cuando el sujeto realiza actos que al menos puedan ser considerados preparatorios de uno de los delitos integrados en el plan criminal de la *organización criminal*, o bien del encubrimiento de dichas infracciones, sin necesidad de que sean actos preparatorios punibles. Es decir, que no es preciso que suponga el inicio de la ejecución, pero sí de preparación de la ejecución, aunque no quepa calificarlo de conspiración, proposición o provocación para delinquir⁵⁴².

Por lo desarrollado hasta ahora, podemos apreciar que existe una clara tendencia a identificar a los miembros activos e integrantes en una posición intermedia entre los miembros que se encuentran en la cúpula de la organización, y los meros colaboradores o cooperadores, los mismos que se encuentran más alejados de la cúpula organizativa. Si bien doctrinalmente se busca una escalonada diferenciación entre los sujetos que conforman este fenómeno criminal, la realidad sistemática del art. 570 *bis* CP, nos muestra que existen sólo dos grados de responsabilidad penal: en el primer grupo se encuentran los fundadores, organizadores, directores, y por otro lado, en el segundo grupo, los miembros activos, integrantes y cooperadores, en la gráfica se puede apreciar la mencionada división.

540 FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., p. 256. Las cursivas son nuestras.

541 CÓRDOBA RODA, Juan, *Comentarios al Código penal*, tomo III (Artículos 120-340 bis c), Ariel, Barcelona, 1978, p. 280.

542 FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., p. 257. Las cursivas son nuestras.

1	4-8 años: promotor, constituyente, organizador, coordinador, dirigente si la finalidad son delitos graves
	3-6 años: promotor, constituyente, organizador, coordinador, dirigente si la finalidad son delitos menos graves
2	2-5 años: participante activo, integrante, cooperador económico o activo si la finalidad son delitos graves
	1-3 años: participante activo, integrante, cooperador económico o activo si la finalidad son delitos menos graves

De esta manera, se deja totalmente de lado la figura intermedia de los miembros activos, situándolos junto a los cooperadores, que –según lo expuesto– serían sólo unos meros partícipes, aunque desde nuestro punto de vista, se deberían deslindar los meros partícipes de los miembros activos, pues consideramos que sería más proporcional situar a los miembros activos en el primer grupo, en razón de la relevancia de su rol dentro la organización, que como su nombre indica es «activo» y no pasivo ni eventual.

Por otro lado, en el plano jurisprudencial se ha trabajado bastante sobre el tema de la «integración» o de los «miembros activos» de una organización terrorista, consideramos oportuno que dicho tratamiento nos servirá de plataforma para poder establecer pautas que identifiquen a un miembro activo en el delito de organización criminal, esto en consideración de que ambos delitos comparten un tema de estructura organizativa casi similar.

En este sentido, la STS 556/2006 de 31 de mayo exige como requisitos para la apreciación del delito de integración en organización terrorista los siguientes: «1) Como substrato primario, la existencia de una *organización o grupo terrorista*, lo que, a su vez, exige la presencia de una pluralidad de personas, la existencia de unos vínculos entre ellas y el establecimiento de relaciones de cierta jerarquía y subordinación. Tal organización tendrá por finalidad la realización de acciones violentas contra personas y cosas, con finalidad de pervertir el orden democrático-constitucional. En definitiva, actuar con finalidad política de modo criminal. Su estructura será compleja, pues sus componentes pueden abarcar diversas facetas o actuaciones (informativas, ejecutivas u operativas en cualquier orden) para la consecución de sus fines, uno de cuyos aspectos será la comisión delictiva indiscriminada, con objeto de coaccionar socialmente para la imposición de sus objetivos finales. 2) Como substrato subjetivo tal pertenencia o integración requiere un carácter más o menos permanente, pero nunca episódico, lo que, a su vez, exige participar en sus fines, aceptar el resultado de sus actos y eventualmente realizar actos de colaboración que, por razón de su

integración, se convierten en actividades que coadyuvan a la finalidad que persigue el grupo»⁵⁴³.

Para identificar el elemento distintivo entre lo que es una integración activa y lo que no lo es, no podemos limitarnos a utilizar el dato de que el sujeto en cuestión intervenga directamente en la preparación o ejecución de los concretos delitos, que intervengan en el plan criminal o no. En efecto, tal intervención no es necesaria para entender cometidos los delitos de organización criminal, aunque puede ser un elemento a tener en cuenta a la hora de analizar si existe prueba de la integración. Si no participa activamente en las actividades ilícitas de la organización debe al menos realizar actos directamente conectados con esas actividades, en el sentido de que supongan un apoyo a la organización precisamente en el desarrollo de su plan criminal⁵⁴⁴. Pero esa valoración con la que se determina el grado de intervención en la organización será tratada con mayor detalle posteriormente en el capítulo de intervención delictiva.

Por otro lado, se ha señalado que la calidad de miembro se adquiere recién al formar parte, y en consecuencia la participación como miembro presupone la realización de las actividades con pretensión de permanencia, y que tales actividades tiendan a favorecer a la organización o que son típicas de la actividad social en alguna forma relevante, o bien, cuando a través de un actuar repetido dirigido a la realización de las acciones antijurídicas planeadas por la organización, es posible reconocer que el autor ha asumido como propio los fines del grupo⁵⁴⁵. En efecto, para determinar la integración o pertenencia ha de exigirse que se corresponda con una voluntad probada de acatar y cumplir las decisiones que se adopten dentro de la organización⁵⁴⁶. Esta extensión del ámbito de incriminación, se fundamenta en la especial trascendencia que en la práctica entraña esta conducta para el mantenimiento de las organizaciones, pues la suma de todas las aportaciones es lo que permite la continuidad de su actividad⁵⁴⁷.

543 STS 556/2006, de 31 de mayo, (Roj: STS 7464/2006), Fundamento de Derecho (Noveno). / Similar postura se aplica en la STS 1127/2002, de 17 de junio, Id. vLex: VLEX-18372040, Fundamento de Derecho (Cuarto). / STS 119/2007, de 16 de febrero, LA LEY 1677/2007, Fundamento de Derecho (Noveno).

544 FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., p. 273.

545 ZIFFER, Patricia S., *El delito de asociación ilícita*, AD-HOC, Buenos Aires, 2005, pp. 70-71.

546 FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., p. 277.

547 LLOBET ANGLÍ, Mariona, «Delitos contra el orden público», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, (Dir.), *Lecciones Derecho penal. Parte especial*, 2 ed., Atelier, Barcelona, 2009, p. 384.

Así pues, cercano a la figura del miembro activo se encuentra la del colaborador, que en los delitos de terrorismo tiene una sanción equiparable a la del miembro activo. En el delito de terrorismo la figura del colaborador es más estricta, puesto que —como afirma de modo crítico LAMARCA PÉREZ— con este tipo se pretende sancionar cualquier género de conducta de favorecimiento lo que ha convertido el precepto en una especie de «cajón de sastre» cuya existencia ayuda a obviar ciertas dificultades de prueba; cuando no puede probarse la integración en el *grupo terrorista* o que la ayuda prestada favoreciera a la realización de un hecho delictivo concreto, el tipo de colaboración ofrece una vía para la incriminación de una conducta que de otro modo constituirían muchas veces actos preparatorios o de encubrimiento impunes⁵⁴⁸. En este caso se trata de un *extraneus* al supuesto asociativo, es decir, de la conducta de quien sin estar integrado en la banda terrorista o rebelde coopera con ella sin sometimiento a su disciplina⁵⁴⁹. Como se puede apreciar en el caso del terrorismo, el legislador busca hacer expansiva las sanciones a los cooperadores. Situación que, de acuerdo al art. 570 *bis*, llega a ser extensiva a los colaboradores económicos en el caso de la organización criminal.

2.6. Cooperación

Pasamos a analizar la figura de cooperación en el delito de organización criminal, para lo cual debemos tener en cuenta lo desarrollado en los casos de colaboración con el terrorismo, puesto que nos brindan valiosas pautas para poder delimitar y entender el alcance de dicho comportamiento, y así, ver la viabilidad de aplicarlo o no, en los delitos de organización criminal. Por esta razón, consideramos apropiado partir del delito de colaboración en que la misma es entendida como un modo de cooperación en los casos de terrorismo. De esta manera, se define de la siguiente forma los actos de colaboración con el terrorismo, a tenor del art. 577. 1. párrafo segundo del Código Penal:

«son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones, la construcción, acondicionamiento, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación, acogimiento o traslado de personas, la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, la prestación de servicios tecnológicos, y cualquier otra forma equivalente de cooperación»

548 LAMARCA PÉREZ, Carmen, en LAMARCA PÉREZ, Carmen, (Coord.), *Delito de organización criminal*, 4 ed., Colex, Madrid, 2008, pp. 746-747.

549 LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento jurídico*, op. cit., p. 244.

o ayuda a las actividades de las organizaciones o grupos terroristas, grupos o personas a que se refiere el párrafo anterior. Cuando la información o vigilancia de personas mencionada en el párrafo anterior ponga en peligro la vida, la integridad física, la libertad o el patrimonio de las mismas se impondrá la pena prevista en este apartado en su mitad superior. Si se produjera la lesión de cualquiera de estos bienes jurídicos se castigará el hecho como coautoría o complicidad, según los casos».

De la descripción contenida en el artículo se deduce una cierta separación. En primer lugar, estarían los comandos informativos o confidentes, éstos constituyen una de las formas más habituales de colaboración y que tal vez presentan mayores dificultades a la hora de probar su existencia o eficacia en una actividad delictiva concreta⁵⁵⁰, así también es requisito indispensable que las informaciones resulten «significativas», es decir, idóneas o eficaces para la realización de la actividad delictiva que se pretende favorecer⁵⁵¹. En segundo lugar, está la construcción o acondicionamiento de locales, en este caso se requiere una cierta idoneidad o eficacia de la conducta para el fin del favorecimiento perseguido: construir, acondicionar, ceder, o utilizar los citados alojamientos para ocultar personas, víveres, dinero, etc., es una conducta idónea para favorecer la actividad de la organización terrorista⁵⁵². En tercer lugar, se encuentra la ocultación o traslado de personas vinculadas a la organización, para esto debe requerirse eficacia o idoneidad de estos medios de ayuda para el favorecimiento perseguido, además de ser consciente de que se oculta o traslada a personas vinculada con la organización terrorista o vinculada con sus actividades delictivas⁵⁵³. Y por último se deja abierta cualquier otra forma de cooperación o mediación económica, que llegue a beneficiar la organización⁵⁵⁴. Al constituir una cláusula abierta e indeterminada

550 LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento jurídico*, op. cit., p. 259. / El delito de colaboración integran todos los supuestos de facilitación de informaciones que coadyuvan a las actividades de la organización armada tanto si proporcionan datos directamente sobre la víctimas seleccionadas previamente seleccionadas por la organización como si se limitaran a facilitar información genérica sobre víctimas posibles. Dicha información constituye una aportación eficaz al funcionamiento de la banda. *Vid.* ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto, «De los delitos de terrorismo», en GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.), *Comentarios al Código penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 1960.

551 LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento jurídico*, op. cit., p. 259.

552 LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento jurídico*, op. cit., p. 261.

553 LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento jurídico*, op. cit., p. 262.

554 CARBONELL MATEU, Juan Carlos, «Terrorismo», en VIVES ANTÓN, T. S. / ORTS BERENGUER, E. / CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 1048.

nada, difícilmente sería conciliable con el principio de tipicidad penal, que alcanza toda conducta de cooperación material⁵⁵⁵. Cabría entender también dentro de esta figura los incisos b) y c) del art. 3 de la Decisión Marco de 2008/919/ JAI, que se refiere a la «captación de terroristas» y el «adiestramiento de terroristas»⁵⁵⁶.

Por otro lado, la jurisprudencia también se ha pronunciado sobre este tema indicando que, en definitiva, la esencia del delito de colaboración con *organizaciones o grupos terroristas* consiste en poner a disposición de la misma, conociendo sus métodos, determinadas informaciones, medios económicos o de transporte, infraestructura o servicios de cualquier tipo, que la organización obtendría más difícilmente —o en ocasiones le sería imposible obtener— sin dicha ayuda externa, prestada precisamente por quienes, sin pertenecer a ella, proporcionan su voluntaria aportación. Por ello, el delito de colaboración con lo que ahora se denomina *organización o grupo terrorista* incluye aquellas acciones que, realizadas voluntariamente con este fin, facilitan cualquier de las actividades de la organización, y no solamente las acciones armadas. Y ello prescindiendo de la coincidencia de fines, pues lo que aquí se sanciona no es la adhesión ideológica ni la prosecución de determinados objetivos políticos o ideológicos, sino el poner a disposición de la *organización o grupo terrorista* determinadas aportaciones, conociendo que los medios y métodos empleados por la organización consisten en hacer uso de la violencia, es decir, del terror y de la muerte, cuando en un Estado Social y Democrático de Derecho, como el nuestro, existen cauces pacíficos y democráticos para la prosecución de cualquier finalidad política⁵⁵⁷. Los actos de colaboración se reducen a una colaboración material⁵⁵⁸. Así también la idoneidad de la conducta: la colaboración material debe estar relacionada con los fines o actividades de la organización o grupo⁵⁵⁹.

Sobre los caracteres de este delito podrían citarse los siguientes: a) Carácter autónomo, porque penalizan actos que implican participación en actividades de la

555 BESIO, Martín, «Delitos contra el orden internacional», en CORCOY BIDASOLO, Mirena (Dir.), *Derecho penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, tomo I. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 874.

556 DECISIÓN MARCO DEL CONSEJO, 2008/919/JAI, de 28 de noviembre, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI, sobre la lucha contra el terrorismo, Diario Oficial, n.º L 330 de 09/12/2008 pp. 0021 - 0023, 2008.

557 STS 540/2010, de 8 de junio, (Roj: STS 2903/2010), Fundamento de Derecho (Quinto). / STS 197/1999, de 16 de febrero, (Roj: STS 1017/1999), Fundamento de Derecho (Primer). /

558 ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto, «De los delitos de terrorismo», op. cit., p. 1960.

559 BESIO, Martín, «Delitos contra el orden», op. cit., p. 874.

organización terrorista sin subordinación a las exigencias del principio de accesori-
dad, *b)* Es residual o subsidiario, ya que sólo castigan hechos si constituyen una
figura de mayor entidad, *c)* Es de tracto sucesivo y reiterado de diversas acciones
que, por razones de punibilidad o de política criminal, se sanciona con pena única, *d)*
Es de simple actividad y de peligro abstracto en el que el legislador por motivos de
política criminal ha optado por anticipar la barrera penal, homologando los adelan-
tados actos de facilitación a los propiamente lesivos o de puesta en peligro del bien
jurídico que se trata de salvaguardar. *e)* Es precisa la concurrencia del dolo, en cuanto
a tener conciencia del favorecimiento y de la finalidad perseguida por la banda o los
elementos terroristas⁵⁶⁰.

Por su parte, para LLOBET ANGLÍ, esta figura constituye un tipo penal de
mera actividad y de peligro abstracto, pues con él se castigan determinados com-
portamientos que, en sí mismos, no lesionan ningún bien jurídico de los protegi-
dos por la ley, pero se adelantan las barreras de punición con el objetivo de reducir
al máximo toda forma de apoyo material posible a una banda terrorista, apoyada
en la (STS de 2 de febrero de 1993, Ponente: Bacigalupo Zapater). Esta extensión
del ámbito de incriminación se fundamenta en la especial trascendencia que en la
práctica entrañan estas conductas para el mantenimiento de estas organizaciones,
pues la suma de todas las aportaciones es lo que permite la continuidad de su
actividad⁵⁶¹.

Como ha señalado CANCIO MELIÁ, si en la pertenencia a la organización
terrorista se trata de un acto de adhesión materializado a la organización, en las
infracciones de colaboración se trata de algo menos, es decir, de la aportación de
algún elemento para el funcionamiento de la estructura terrorista desde afuera de la
organización. Esta menor entidad del compromiso, por así decirlo, se compensa por
la exigencia de una contribución concreta⁵⁶². En todo caso, se trataría propiamente
de conductas realizadas fuera de la organización⁵⁶³.

Los comportamientos de colaboración con una organización terrorista, con-
forme a la Reforma penal de 2015, son los de captación, adoctrinamiento, adies-

560 SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coord.), *Manual de Derecho penal. Parte especial*, tomo II, 2ª ed., Tomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 674.

561 LLOBET ANGLÍ, Mariona, «Delitos contra el orden público», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Ma-
ría, (Dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 378.

562 CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Editorial Reus,
Madrid, 2010, p. 230.

563 CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo*, op. cit., p., 230.

tramiento o formación, cuanto estén dirigidos a la incorporación de otros a una organización terrorista⁵⁶⁴.

A este respecto CANCIO MELIÁ se muestra crítico, con la adición del art. 577.2 del CP, por considerarla innecesaria, redundante y perturbadora. En primera instancia debido a que las conductas de captación, adiestramiento y formación de sujetos para su integración a una organización terrorista son conductas típicas de los miembros de la propia organización, como es lógico, y, por lo tanto se encontrarían ya perfectamente abarcadas por el delito de pertenencia a una organización terrorista. Por otro lado, si en alguna ocasión pudiera haber una terciarización –por decirlo de alguna forma– de esa actividad a personas que no son miembros de la organización, todas las modalidades de comportamiento se hallan ya tipificadas en cuanto conducta de tipificación desde el principio, en los números 1 y 3 del art. 577 del CP⁵⁶⁵. Además de ser innecesaria dichas modificaciones, la conducta identificada como adoctrinamiento abriría la vía a que se incriminen meras manifestaciones de opinión⁵⁶⁶.

Referido al aporte hecho por un sujeto desde fuera de la organización, en la misma línea en su momento se manifestó GARCÍA-PABLOS, indicando que un favorecedor, ante todo, es un *extraneus*, un extraño a la asociación u organización, que realiza un comportamiento accesorio, adjetivo, de escasa importancia. El tipo además tiene un carácter subsidiario: está pensado para fundamentar la responsabilidad criminal de quienes no pueden ser considerados ni meros individuos, ni miembros activos, ni dirigentes. La conducta del favorecimiento no puede rebasar, por lo tanto, límite ideal que representa los tres datos indicados: que el autor no pertenece a la asociación, que a pesar de ello responde por favorecer a la organización y que su conducta, accesoría, subsidiaria, no puede equipararse nunca a la de los miembros de la organización⁵⁶⁷.

Una concepción distinta maneja LAMARCA PÉREZ, al indicar que cooperador ha de realizar un favorecimiento de aquellas conductas que permiten la existencia de una organización, ya sea en el momento de su constitución ya sea durante su desarrollo posterior. Por consiguiente, deben excluirse formas de colaboración que

564 CANCIO MELIÁ, Manuel, «Los delitos de terrorismo», en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir), *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág 527. La cursiva es nuestra.

565 CANCIO MELIÁ, Manuel, «Los delitos de terrorismo», op. cit., p. 528. Las cursivas son mías.

566 CANCIO MELIÁ, Manuel, «Los delitos de terrorismo», op. cit., p. 528.

567 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., p. 273.

tengan por objeto la realización de un delito concreto, que favorezcan a su comisión o la realización de los fines del grupo⁵⁶⁸. Cuando se habla de cooperación o colaboración con los fines y actividad de la organización delictiva, pueden considerarse incluidas entre ellas, la facilitación y distribución de información o medios materiales, de formación de captación de nuevos partícipes, así como la de financiación de sus actividades, esto es, actuaciones que contribuyen causalmente al mantenimiento y desarrollo de las estructuras organizativas de la organización criminal⁵⁶⁹.

En todo caso, la Ley debería precisar la definición de la noción de participación punible en la organización, requiriendo una contribución objetiva e intencional a las actividades de la asociación en conexión directa con el proyecto criminal, en especial exigiendo la comisión de una acción concreta para la asociación y la asunción de un rol reconocida por ésta⁵⁷⁰.

Como se ha podido apreciar la figura del cooperador en el delito de terrorismo de acuerdo con la doctrina es accesoria o de mera actividad. Mientras que la jurisprudencia indica que colaborador es aquél que pone a disposición de la organización medios; de transporte, información, económicos de infraestructura o servicios de cualquier tipo. Las cuales en ocasiones son difíciles de obtener por la organización. Ahora bien, aplicado al delito de organización criminal podemos indicar que: por un lado, los integrantes de la organización serían las personas que intervienen activamente en la realización de sus objetivos, esto es, de los delitos cometidos de manera organizada y con la finalidad subjetiva señalada. Por otro lado, los cooperantes serían personas que no tienen ninguna obligación o sometimiento hacia la organización. En el caso de la organización criminal, sólo se hace mención a cooperar económicamente y otras formas de cooperación. El hecho de sólo mencionar otras «formas de cooperación» plantearía mayores problemas al momento de su interpretación, y por esta razón consideramos que se debería puntualizar qué actos exactamente son considerados colaboración con la organización criminal, como los del art. 577 inc. 1, así *v. gr.* la información, vigilancia de personas, bienes o instalaciones, la construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación, acogimiento o traslado de personas, la organización de prácticas de entrenamiento o asistencia a ellas, la prestación de servicios tecnológicos y cualquier otra forma equivalente de cooperación o ayuda a las actividades.

568 LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento jurídico*, op. cit., p. 244.

569 SERRANO GÓMEZ, Alfonso; SERRANO MAÍLLO, Alfonso y otros, *Curso de Derecho penal*, op. cit., p. 800.

570 GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, «Criminalidad organizada», op. cit., p. 562.

3. Principios de imputación en los delitos de organización criminal

La imputación penal constituye la desviación respecto de aquella expectativa que le compete al portador de un rol, más escuetamente: como la desviación de un rol. En este sentido la imputación es, precisamente, el reverso del ejercicio correcto del rol, de manera que debe su existencia precisamente por el hecho del sujeto que se desvía y no adecua su conducta al rol que se espera que desempeñe en la sociedad. La imputación objetiva es, pues, en esencia una defraudación imputable de las expectativas sociales, correlativamente con la concepción de la norma como modo de orientación de conductas y como fundamento estabilizador de expectativas sociales⁵⁷¹.

En su momento, TORÍO LÓPEZ indicó que la nueva teoría de la imputación objetiva es menos una construcción nueva que la manifestación de un método menos nuevo, es decir, del método teleológico valorativo en el campo particular de los delitos de resultado. Pero que a su modo de ver no es —o no presenta—, sin embargo, nada distinto de la tipicidad entendida en sentido técnico, orientada en sentido teleológico y valorativo⁵⁷². Continúa el citado autor indicando que lo que es verdaderamente nuevo es la pretensión de elevar, mediante un proceso inductivo, ciertos principios particulares a criterio dogmático general. Ha podido, así afirmarse que sólo es objetivamente imputable un resultado cuando la acción peligrosa, jurídicamente prohibida, se ha materializado realmente en tal resultado típico⁵⁷³. Además se tiene que tener en cuenta que «la acción haya creado un peligro, jurídicamente desaprobado, que se ha realizado en el resultado típico»⁵⁷⁴.

La defraudación de la expectativa social que está depositada en el titular del rol genera, pues, de ese modo, la necesidad de un reproche social en forma de imputación. En ese momento, el sujeto, aunque por lo general se considera que sigue

571 POLAINO-ORTS, Miguel, «Delitos tributarios e imputación objetiva...», op. cit., p. 288. / Sobre el concepto de imputación objetiva, TORÍO LÓPEZ indica que dicho concepto descansa sobre la acción peligrosa, es decir, sobre aquellas propiedades de esa acción que permiten considerarla como fuente de posible peligro. Vid. TORÍO LÓPEZ, Ángel, «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», en *ADPCP*, tomo 39, fasc. I, 1986.

572 TORÍO LÓPEZ, Ángel, «Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma», en *Estudios Penales y Criminológicos*, n° 10, 1985-1986, pp. 383-384.

573 TORÍO LÓPEZ, Ángel, «Fin de protección y ámbito», op. cit., p. 385.

574 TORÍO LÓPEZ, Ángel, «Naturaleza y ámbito de la teoría», op. cit., p. 33.

siendo formalmente persona, se comporta como individuo y a él se le retribuye el haber gestionado su ámbito de organización de manera socialmente inadecuada⁵⁷⁵.

Ahora bien, se tiene que tener claro que si la imputación es la desviación de un rol, entonces únicamente puede ser objeto de esa imputación el quebrantamiento o inobservancia de alguno de los deberes inherentes al rol; pero ninguno que que- de al margen o fuera de ese rol, esto es, extramuros de ese ámbito de organización. Si pudieran imputarse quebrantamientos de deberes ajenos, entonces el ciudadano quedaría desprotegido y el ejercicio del rol de ciudadano quedaría absolutamen- te desprotegido y, en última instancia, responsabilizaría a todo mundo de lesiones producidas fuera de su ámbito de organización, es decir, al margen de su esfera de competencia, y el rol ya no sería más una garantía⁵⁷⁶.

3.1. Riesgo permitido

Las sociedades modernas son sociedades de riesgo⁵⁷⁷. La sociedad en su con- junto esta transida de una diversidad de riesgos que es difícil aprehenderlos todos⁵⁷⁸. Las normas penales sancionadas regulan el comportamiento humano no porque sí, sino para posibilitar la vida social, que no puede existir sin la seguridad de las expectativas. Así pues, ya para mantener una oferta diferenciada de posibilidades de contacto social hay que asumir algunas defraudaciones de expectativas, resultando tanto más aceptar como un riesgo como permitido cuanto más amplíe la libertad de actuación de la propia en cada caso⁵⁷⁹. Como dato originario se toma en cuenta en el riesgo permitido que la acción emprendida no está exenta intrínsecamente de peligrosidad, es decir, contiene una posibilidad no desdeñable de que determine la lesión de bienes jurídicos⁵⁸⁰.

575 POLAINO-ORTS, Miguel, «Delitos tributarios e imputación objetiva», op. cit., p. 290.

576 POLAINO-ORTS, Miguel, «Las cuatro caras de la imputación penal», op. cit., p. 78.

577 Con mayor detalle, BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2001, *passim*.

578 POLAINO-ORTS, Miguel, «Imputación», op. cit., p. 25.

579 JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general: fundamentos y teoría de la imputación objetiva*, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 243.

580 TORIO LÓPEZ, Ángel, «Fin de protección y ámbito», op. cit., p. 398.

Como ha señalado JESCHECK, cuando hablamos de riesgo permitido estamos ante un principio estructural común de distintas causas de justificación cuyos elementos materiales están regulados especialmente. El almacén común de estas causas de justificación consiste en que posibilitan el desarrollo de acciones que en esencia son socialmente deseables, pero que a pesar de ellos muestran propensión hacia la creación de un riesgo. Por su utilidad, estas acciones también pueden ser llevadas a efecto aún cuando el riesgo en ellas contenido se realice y malogre la utilidad perseguida⁵⁸¹. El riesgo es el patrón perceptivo e intelectual que moviliza a toda una sociedad enfrentada a la construcción de un futuro abierto, lleno de inseguridades y obstáculos, una sociedad que ya no está determinada por la religión, la tradición, o la sumisión a la naturaleza y que tampoco cree en los efectos redentores de las utopías⁵⁸².

Por otro lado, al respecto cabe cuestionarse: ¿cuál es el fundamento del riesgo permitido? Como postulado general, puede decirse que todas aquellas actividades desarrolladas dentro de lo que socialmente se considera un riesgo permitido no pueden dar lugar a reproche jurídico de ninguna naturaleza, aún en el caso que generen lesiones a particulares; por el contrario, son desaprobadas todas aquellas conductas que exceden el riesgo permitido, lo cual cobija solo aquellas actividades que han sido desplegadas a pesar de ser socialmente prohibidas, sino también las que siendo toleradas han sido observadas sin la observancia de las normas de cuidado previamente establecidas para la minimización del riesgo⁵⁸³. Ello ha llevado a negar la imputación objetiva en algunos casos en que el resultado producido no era imprevisible, pero habría sido el producto de una actividad lícita, por pertenecer a un sector social peligroso pero útil⁵⁸⁴.

En otros términos –pese a ello–, no se obtiene el punto óptimo para el conjunto de los bienes mediante la prescripción de la máxima seguridad para ellos, sino con la autorización adicional de interacciones con un cierto grado de riesgo, en las que se sacrifican ciertamente algunos bienes, pero que ayudan a tender que todo riesgo permitido sería el resultado de un cálculo de coste y beneficios susceptibles de

581 JESCHECK, Hans-Heirich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., trad. Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2003, p. 430.

582 BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo. En busca de la seguridad perdida*, Paidós, Barcelona, 2007, p. 20.

583 REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, 3ª ed., Temis, Bogotá, 2005, pp. 97-98.

584 MIR PUIG, Santiago, «Significado y alcance de la imputación objetiva en el Derecho penal», en *RECPC*, 2003, p. 9.

comprobación. Muchos de ellos, son sencillamente el fruto de una recepción histórica: siempre se ha hecho así. Pero también este riesgo permitido no fundamentado de un modo racional, sino tradicional, pertenece a la identidad de la sociedad: ésta no censura aquello a lo que está acostumbrado⁵⁸⁵.

Independiente de la fundamentación dominante de esta institución, en absolutamente todas las sociedades existe un riesgo permitido, respetado en el cual la conducta no perturba y es por tanto correcta, incluso si, por una desafortunada concatenación de circunstancias, conduce a un daño. En tal caso, este daño es, en la medida en que quede excluida la atribución de terceras personas, infortunio de la víctima, pero no injusto de aquel que se comportó dentro del riesgo permitido⁵⁸⁶. Así los límites de lo que está dentro del riesgo permitido se pueden trazar en parte con exactitud: si la ley prohíbe una conducta como abstractamente peligrosa, tal comportamiento entraña, en condiciones normales, un riesgo no permitido. De este modo cabe distinguir con nitidez lo permitido de lo no permitido⁵⁸⁷.

Por otro lado, se podría establecer que lo que es socialmente adecuado, especialmente también cuando aparece en forma de la permisión de un riesgo, no queda legitimado por la referencia al Derecho, sino que se legitima de forma histórica, es decir, por su propia evolución. El Derecho termina de definir el esbozo de lo socialmente adecuado y lo perfila, así pues, tiene lugar incluso entre normas jurídicas; el Derecho, sin embargo, no desempeña más que esta función auxiliar⁵⁸⁸. Además, ya para mantener una oferta diferenciada de posibilidades de contactos social hay que asumir algunas defraudaciones de expectativas, resultando más posible aceptar un riesgo como permitido cuanto más se amplíe la libertad de actuación propia en cada caso⁵⁸⁹. La fundamentación del riesgo permitido esta emparentada en la medida, con la ponderación de intereses en el estado de necesidad. Paralelamente, solo podrá tener lugar cuando no sólo es evaluable la magnitud del riesgo, sino también la utilidad y el perjuicio, con arreglo a los baremos jurídicos, es decir, si se pueden definir como intereses jurídicamente reconocidos o no reconocidos. Por eso el riesgo permitido tampoco se podría obtener teniendo en cuenta sólo un patrón técnico: el patrón

585 JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*, trad. Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 1997, p. 212.

586 JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho*, op. cit., p. 212.

587 JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho*, op. cit., p. 213.

588 JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 1996, p. 122.

589 JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 243.

determina lo que es usual o también lo preferible, pero no resuelve el problema de la valoración⁵⁹⁰.

Sobre los riesgos permitidos no cabe realizar un saldo de coste-utilidad debido a la falta de un modelo social suficientemente concreto y a la vez vinculante —debido a la diferencia de la realidad social que existe entre las sociedades—, razón por la cual junto al riesgo permitido por ponderación del riesgo aparece un riesgo permitido por «legitimación histórica»: determinadas formas de actividad permitida por el uso históricamente y socialmente adecuadas⁵⁹¹. Así, de esta manera, el Derecho penal no tiene por qué proteger un arsenal de bienes en reposo, ni únicamente maximizar los bienes, sino que tiene que estabilizar expectativas en relación con determinados modos de comportamiento. Por lo tanto, cuando una conducta ciertamente daña bienes, pero sin embargo no defrauda expectativas, porque su aceptación se ha convertido en costumbre, esto sólo constituiría una contradicción si la seguridad de los bienes se considera «potencialmente»⁵⁹².

Por otro lado, existe un consenso fundamental a la hora de aceptar que en el marco de la realización de actividades arriesgadas existen determinados espacios que ya desde un principio no se hallan abarcados por las normas penales de comportamiento por responder a una configuración vital que esta tolerada como general; por tanto, las conductas realizadas dentro este marco están cubiertas por un riesgo permitido⁵⁹³. Puesto que una sociedad sin riesgo no es posible y nadie se plantea seriamente renunciar a la sociedad, una garantía normativa que entrañe la total ausencia de riesgos no es factible; por el contrario, el riesgo inherente a la configuración social ha de ser irremediamente tolerado, como riesgo permitido⁵⁹⁴.

Ahora bien, también cabe preguntar: ¿dónde reside la línea divisoria, el tránsito de lo permitido y lo prohibido? Desde luego, no existe un límite matemático exacto al respecto. Ello quiere decir lo siguiente: que el nivel de permisibilidad —como se dijo con anterioridad— lo delimita la propia Sociedad, en función de sus expectativas sociales⁵⁹⁵. El riesgo permitido, constituiría una especie de parámetros de tolerancia

590 JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 243.

591 JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 244.

592 JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 244.

593 CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2011, p. 72.

594 JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva*, op. cit., p. 118.

595 POLAINO-ORTS, Miguel, «Imputación», op. cit., p. 25.

que existen en las sociedades actuales y a su vez varían de acuerdo a cada realidad social de cada Estado, aunque por otro lado también es cierto que existen parámetros comunes de intolerancia frente a determinados fenómenos delictivos que por su naturaleza representan un potencial de peligrosidad lesiva actual hacia el conjunto de Estados, y nos referimos propiamente a la organización criminal, que se desarrolla al margen de las normas de un Estado.

Del mismo modo que —como se ha manifestado— hay riesgos tolerables, existen también riesgos no permitidos, esto es, que sobrepasan la cota de lo normalmente permisible en cada Sociedad, en función de las expectativas de cada lugar y de cada momento. La creación o no neutralización de esos riesgos generan una responsabilidad. En consecuencia, un riesgo sobre el cual la Sociedad no conoce al sujeto la posibilidad de gestionar o neutralizar ese riesgo, puede llegar a constituir un injusto punible⁵⁹⁶. La determinación realizada desde el lado de lo no permitido es posible en muchos ámbitos vitales, especialmente en ámbitos genuinamente peligrosos, pues en los Estados modernos lo susceptible de regulación suele estar regulado. Ejemplo: el tráfico rodado, el tráfico aéreo, manipulación de sustancias peligrosas y alimentos, la construcción de edificios, así como muchas áreas aprehendidas jurídicamente de tal modo que cabría delimitar lo que no está permitido de lo que sí lo está con cierta claridad⁵⁹⁷.

Llegados a este punto y establecida brevemente la determinación del riesgo permitido en la Sociedad, encontramos en la otra cara de la moneda el riesgo no permitido, que es prohibido ya por su peligrosidad concreta o abstracta, y que se aplica a través del establecimiento de la prohibición de la puesta en peligro, el comportamiento queda excluido del ámbito de lo socialmente adecuado, y se define como perturbación de la vida social; esto acontece por la simple realización de un comportamiento así configurado sin tener en cuenta el resultado que se produce⁵⁹⁸. En lo que se refiere al Derecho, se establecen como estándares normas contra las puestas en peligro abstractas, estas normas excluyen de manera radical del ámbito de lo socialmente adecuado un determinado tipo de comportamiento; de ahí que haya de evitar puestas en peligro abstractas⁵⁹⁹.

Si se considera al riesgo permitido como un vector de la imputación objetiva en el caso de la organización criminal, y si consideramos los estándares permitidos y

596 POLAINO-ORTS, Miguel, «Imputación», op. cit., p. 27.

597 JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva*, op. cit., p. 125-126.

598 JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva*, op. cit., p. 125.

599 JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva*, op. cit., p. 128.

los contrastamos con la organización criminal, rápidamente nos encontraremos frente a un riesgo no permitido que es el resultado o concreción de lo no permitido dentro de una sociedad. Pero ¿por qué la organización criminal es un riesgo no permitido? En principio porque la norma prohibiría su existencia, y su configuración o existencia cuestionaría claramente —en razón a la capacidad lesiva— las bases de un Estado, también porque su característica organizacional es paralela y casi similar a la de un Estado, con la diferencia que está direccionada a la comisión de delitos. ¿Es la creación de una organización criminal la elevación de un riesgo permitido? Por referencia normativa podríamos manifestar que es más que una simple elevación del riesgo permitido, esto debido a las características propias de la organización y lo que representa frente al Estado, es decir, que todos los elementos que componen la organización criminal van en clara contraposición del propio Estado, al punto de constituir prácticamente un subsistema dotado de organización estructural, compuesta por miembros, con idoneidad lesiva, y que orientan sus acciones a la comisión de delitos. Por esta razón, el propio Código penal recoge esta figura delictiva y la sanciona de manera autónoma.

3.2. Principio de confianza

Cuando se habla del principio de confianza puede afirmarse que, a pesar de la experiencia de que otras personas cometen errores, se autoriza a confiar en su comportamiento correcto, entendiéndolo no como suceso psíquico, sino como estar permitido confiar. Este principio —conforme a JAKOBS— no es sólo un supuesto particular de riesgo permitido, sino también de la prohibición de regreso: no se trataría únicamente de que las personas, en acciones comunes o contactos anónimos, puedan ser factores perturbadores al igual que los procesos naturales imprescindibles, referidos al riesgo permitido, sino también se trata de responsabilidad de esas por sus fallos, propiamente sobre la prohibición de regreso⁶⁰⁰.

Se trata de uno de los vectores más sugerentes de toda la doctrina de la imputación objetiva. En este sentido las relaciones sociales encuentran uno de los más firmes apoyos o basamentos en la confianza. No se trata de una confianza individual, psicológica, sentimental. Se trata en todo caso de una confianza mediada por lo social. Uno confía razonablemente en que los demás ciudadanos se comportarán de igual manera: respetando la norma, satisfaciendo de esta manera las expectativas sociales, respetando a todos como personas en Derecho⁶⁰¹.

⁶⁰⁰ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 253-254.

⁶⁰¹ POLAINO-ORTS, Miguel, «Imputación», op. cit., p. 31.

Es así que el conjunto de interacciones personales dentro de la estructura social como se manifestó con anterioridad, se proyectan con la mediación de lo social, a su vez también consideramos que aquí entra en juego el «rol» que desempeña cada persona en sociedad, es decir, el conjunto social deriva la confianza en la adecuada realización de un determinado «rol» dentro de la sociedad, en este sentido mantiene una expectativa normativa sobre el sujeto.

Se refiere a que –dentro de la sociedad– existe una confianza generalizada en que las personas se comportarán de acuerdo a la norma. A su vez, también ésta se funda en el desenvolvimiento de la sociedad. Por ello, el ámbito de vigencia del principio de confianza suele conformarse por aquellas situaciones en las que interviene una pluralidad de sujetos⁶⁰². El principio de confianza, fundamenta el modo de desenvolvimiento de la estructura social, que supone una garantía para el ciudadano que gestione su esfera de competencia en el ejercicio de su libertad. Aunque se deriven eventualmente peligrosos, riesgos o lesiones de este ámbito, el titular o gestor puede ver excluida su responsabilidad si no infringió deber alguno, siendo este atribuido a una esfera de competencia ajena. En este caso, sería el sujeto autorresponsable quien cargaría con la imputación por la infracción finalmente producida⁶⁰³.

El aludido principio expresa que el sujeto que realiza una actividad arriesgada, en principio lícita, puede confiar en que quienes participan junto a él en la misma se van a comportar correctamente, mientras no existan indicios de que ello no va a ser así. Dicho en palabras de STRATENWERTH: «por regla general no ha de responderse de faltas de cuidado ajenas, si no se puede confiar en que todos cumplirán con sus deberes de cuidado». Se refiere singularmente a aquellos casos en los que el sujeto que actúa «en principio» es responsable de la situación de riesgo por él creada o que a él corresponde controlar, y, en la interacción social, le está permitido confiar en que el comportamiento de otros en esa situación será cuidadoso; al decirse que «en principio» es responsable, entonces queda claro sencillamente que se quiere decir que es una fuente de peligro cuya administración le corresponde al sujeto⁶⁰⁴, pues en definitiva el que infringe la norma de cuidado no puede esperar que terceros arreglen la situación que él ha creado⁶⁰⁵.

602 POLAINO-ORTS, Miguel, «Imputación», op. cit., p. 31.

603 POLAINO-ORTS, Miguel, «Imputación», op. cit., p. 32.

604 Citado por CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría*, op. cit., p. 76.

605 FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Imputación objetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima, 2002, p. 310.

Por otro lado, el principio de confianza extiende la posibilidad de libertad de actuación, y en este sentido se favorecen ciertos contactos sociales de carácter anónimo, se favorecen actividades o prestaciones de valor general que de otra manera sería difícil desarrollar: en todo caso, el principio de confianza posibilita una organización más de los contactos interpersonales⁶⁰⁶. En consecuencia, esta confianza socio-normativa se manifiesta de forma generalizada y sobre la que se desarrolla la sociedad, y también los diversos contactos entre sus miembros; por esta razón, el ámbito en el que tiene aplicación el principio de confianza lo constituirían aquellos contextos de interacción en que intervienen una pluralidad de sujetos y en los que existe una división jerarquizada de trabajo⁶⁰⁷.

Tal característica es propia de las actividades sociales de nuestros tiempos, en los que ya es infrecuente la intervención en solitario de un único autor. En este punto cabe preguntar: ¿qué sucede cuando la persona desvía su conducta de manera permanente? En respuesta, se podría afirmar que con ese comportamiento salta en pedazos el principio de confianza, de la mano del quebrantamiento del rol, y a su vez también la falta de deber de evitabilidad, y ello porque de manera consciente dirigiría su comportamiento —como en nuestro caso— a la conformación de una organización criminal.

Si la confianza en el desenvolvimiento de la estructura social, supone una garantía para el ciudadano que gestiones su esfera de competencia en el ejercicio de su libertad, aunque se deriven eventualmente peligros, riesgos o lesiones de este ámbito, el titular o gestor puede ver excluida de su responsabilidad si no infringió deber alguno, siendo éste atribuido a una esfera de competencia ajena⁶⁰⁸. La confianza social no se rompe si una persona actúa conforme a su rol, aunque esto implique ciertos riesgos o peligros que son aceptados por la estructura social, pero lo contrario sucede cuando un conjunto de sujetos se desenvuelven al margen de la estructura social, y la suma de sus comportamiento tiene como resultado una conducta conjunta relevante para la estructura social.

Pasar de la perspectiva individual al factor colectivo de la interacción social, resulta muy útil al momento de determinar si realmente existe un alejamiento de la norma —y con ello la defraudación del principio de confianza— por parte de los integrantes de una organización criminal, esto debido al factor colectivo con el que

606 FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Imputación objetiva*, op. cit. p. 297.

607 FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Imputación objetiva*, op. cit., p. 303.

608 POLAINO-ORTS, Miguel, «Delitos tributarios e imputación objetiva», op. cit. pp. 296-297.

actúan, es decir, como un todo, debido a que la suma de sus comportamiento crea una conducta colectiva relevante por su carácter permanente, que por consiguiente traería consigo el quebrantamiento del principio de confianza –que la sociedad deposita en dicho sujetos–, al utilizar su libertad de actuación para dirigirla a la creación de un proyecto u órgano delictivo como es la organización criminal.

3.3. Prohibición de regreso y las conductas neutrales

Se parte indicando que, la prohibición de regreso en una teoría excluyente de la intervención delictiva plural de personas en un hecho susceptible de imputación. En los supuestos donde existe una pluralidad de intervinientes, si uno cruza la frontera de la tipicidad crea una comunidad delictiva que sólo vincula a quien la integre, y no así a quien no haya obrado sin exceder los límites de su propio rol. Dicho instituto, rige en virtud del carácter típico de la conducta de los intervinientes delictivos únicamente es imputable a la comunidad delictiva sin posibilidad alguna de regresar y alcanzar a quienes están fuera de dicha comunidad por haber obrado conforme a su rol estereotipado⁶⁰⁹.

Como casos en los que puede ser de aplicación esta institución se mencionan habitualmente supuestos en los que existe una aportación inicial subjetivamente dolosa, pero objetivamente ambivalente a un posterior desarrollo delictivo o a una autolesión: así, *v. gr.*, cuando el empleado de una gasolinera llena el depósito de combustible de un automóvil cuyas cubiertas se encuentran de modo tan evidente en mal estado que es palmario que va a producirse un accidente si se sigue circulando con el vehículo, tal aportación causal del empleado no puede dar lugar a una responsabilidad por un delito de lesión, de acuerdo a la prohibición de regreso⁶¹⁰.

Lo que esta institución pretende, en última instancia, es enmarcar de forma sistemática la teoría de la participación dentro de la imputación objetiva. Para JAKOBS la prohibición de regreso es el reverso de la participación punible, configurando así, los límites de la responsabilidad⁶¹¹. También indica el mismo autor, que existe

609 CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de teoría del delito. Materiales de aplicación a la investigación y judicialización de los delitos cometidos en el ejercicio de la función pública*, Ara Editores, Lima, 2014 p. 71.

610 CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004, p. 80.

611 Citado por ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límite*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 92.

una prohibición de regresar la conducta de quien no ostente una posición de garante con respecto a las consecuencias que deriven de la propia conducta⁶¹².

Cabe mencionar que, desde la perspectiva funcionalista-normativo, la prohibición de regreso está ligada a los denominados roles especiales y roles comunes. En la primera se encuentran por ejemplo la relación de padres e hijos y entre los cónyuges, y los titulares de estos roles se constituyen en autores al momento de su quebrantamiento, en razón de que son obligados directos con las víctimas. En la segunda —que viene a ser la que nos interesa— no presenta características especiales, y se refiere al quebrantamiento de un rol común de comportarse como persona en derecho y acorde a derecho sin lesionar a los demás⁶¹³.

Es posible que el quebrantamiento del rol común se dé cuando se organiza conjuntamente con otros, y no sólo de forma que dentro de un marco común cada uno lleve a cabo su propia obra, sino también de manera que todos se unan en una sola obra. En el campo de las obras que se imputan de manera negativa, se trataría de todas las constelaciones posibles, es decir, desde la mera complicidad hasta la actividad de bandas en el crimen organizado⁶¹⁴. La respuesta habitual a esta situación de apariencia un tanto confusa es la de afirmar que quien actúa sin realizar actos de ejecución participa en el hecho de quien lleva a cabo otros actos ejecutivos, por lo tanto se afirma que eso es lo que constituye su propio injusto. Se dice que el injusto puede ser ampliado estableciendo la punibilidad de la participación, y se amplía precisamente por el comportamiento del partícipe. En los delitos a los que ahora nos referimos, el injusto está conformado por la arrogación de una organización ajena; sin embargo, el partícipe que actúa antes del comienzo de ejecución, no se arrogaría nada. Entonces surge la cuestión: ¿por qué razón habría de constituir injusto un comportamiento de participación llevado a cabo antes del comienzo de la ejecución si ese mismo comportamiento, en caso de ser realizado por quién posteriormente realiza actos ejecutivos, no constituye injusto?⁶¹⁵. Básicamente, quien participa en la fase previa no responde jurídico-penalmente por coproducir el hecho de otro, sino porque el hecho resultante también es el suyo propio⁶¹⁶.

612 ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., p. 93.

613 JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva*, op. cit., pp. 145-147.

614 JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva*, op. cit., pp. 148-149.

615 JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva*, op. cit., p. 150.

616 JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva*, op. cit., p. 153.

Lo que se presenta aquí es una accesoriedad cuantitativa según la cual la ejecución es algo propio de cada uno de los intervinientes. Esto tiene como consecuencia que, un hecho con independencia de que sea preparado y efectuado por uno o varios actores, sólo pasa una vez, del estadio de la preparación al estadio de la tentativa, como también una sola vez lo hace al estadio de la tentativa acabada; esto porque se trata de un sólo injusto⁶¹⁷. Por otro lado, también es posible un distanciamiento en tales términos de un «interviniente», en el ámbito de la prohibición de regreso, cuando su comportamiento en el momento de su ejecución no depende en absoluto de que lo continúe la acción, que realiza el tipo, del ejecutor; pues entonces, el «interviniente» ha creado una situación que, si bien otras personas puede que continúen hasta realizar el tipo, sin embargo precisamente de él no ha recibido un sentido de realización del tipo, y no puede resultar teñida retroactivamente por dicha realización⁶¹⁸. Entonces la prohibición de regreso no anula deberes existentes, sino que sólo establece que el comportamiento actual es insuficiente *per se* para generar responsabilidad⁶¹⁹.

De lo anterior se colige que la función de la prohibición de regreso, consiste en fijar los límites generales de la imputación objetiva de la conducta, en los casos de intervención plural de personas en un hecho. Pero al fijar esos límites establece, a su vez, qué conducta dentro del colectivo de intervenciones, por haber sido practicada en el marco de un oficio cotidiano, una profesión, o una actividad estandarizada, no es punible aún cuando, en el plano de la pura facticidad, haya favorecido la realización del hecho delictivo en su conjunto⁶²⁰.

De acuerdo con CANCIO MELIÁ, las dificultades se presentan cuando se tratan de establecer los límites de la prohibición de regreso. Si bien hay casos en los que resulta prácticamente evidente que la conducta del primer sujeto en actuar no puede ser interpretada en ningún caso como una provocación delictiva de la ulterior conducta delictiva. Sin embargo, existen casos en los que no está tan clara la prohibición de regreso, como ejemplo el caso de la botella con un contenido venenoso, en que el contexto en el que se guarde la misma en la vivienda puede ser también significativo:

617 JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva*, op. cit., p. 154.

618 JAKOBS, Günther, *Derecho penal parte general*, op. cit., p. 844.

619 JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva*, op. cit., p. 160.

620 CARO JOHN, José Antonio, «Conductas neutrales no punibles en virtud de la prohibición de regreso», en MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo / CARO JOHN, José Antonio (Ed.), *El sistema penal Normativista en el mundo contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, p. 289.

si, por ejemplo, el autor lleva a cabo su conducta en una vivienda en la que convive con otras personas, que, por lo tanto, pueden acceder a la sustancia que fue guardada en la nevera, parece claro que esa conducta sí puede tener significado de generar un riesgo de envenenamiento⁶²¹.

Que en los casos de extremos, la solución no puede ser sencilla queda demostrado por lo que puede considerarse una reciente «reedición» del caso del arsénico, un caso –como indica CANCIO MELIÁ– del Tribunal Supremo Alemán, en el que el acusado, un farmacéutico, había descubierto que en su vivienda habían penetrado unos ladrones. Aparte de beber de alguna botella de licor y comer de las provisiones del acusado, habían apartado algunos aparatos electrónicos, de tal modo que daba la impresión de que pretendían volver para recogerlos y llevárselos⁶²². La policía, alertada por el acusado, envió cuatro agentes a esperar a los ladrones. Sin embargo, el acusado, enfurecido, había colocado una botella de licor con un potente veneno, con la intención de que los ladrones bebieran de él y murieran. Al considerar que los agentes corrían peligro, les avisó⁶²³.

Con razón manifiesta CANCIO MELIÁ que este caso debe ser considerado en el marco de la prohibición de regreso. No se trataría de un supuesto en el que haya que considerar la imputación al ámbito de la responsabilidad de la víctima en cuanto institución específica para la valoración de la víctima, ya que aquí lo decisivo sería comprobar, como paso previo, si existe una definición contrafáctica de la conducta del autor como inocua, sin necesidad de valorar la conducta de la víctima⁶²⁴.

Brevemente se debe manifestar que el ámbito de la prohibición de regreso queda diferenciado del correspondiente al riesgo permitido y al principio de confianza, por el hecho de que la conducta del autor, como se ha visto, queda desvinculada del posterior desarrollo lesivo con independencia de la cognoscibilidad o conocimiento por parte del autor mismo, es decir, que opera de modo completamente contrafáctico, en otras palabras, se trata de conductas ambivalentes en su significado, respecto de las cuales cabe establecer un sentido objetivo vinculante. Y, frente a la institución de imputación a la víctima, la prohibición de regreso se presenta como una especie de reverso, es decir, mientras que en la prohibición de regreso se establece que no existe un comportamiento en común, y la conducta del autor ha de ser

621 CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría*, op. cit., pág 82.

622 CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría*, op. cit., pp. 83-84.

623 CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría*, op. cit., p. 84.

624 CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría*, op. cit., p. 84.

interpretada en todo caso como una aportación inocua, por otro lado, en el ámbito de la imputación de la víctima, precisamente el hecho de que la actividad conjunta pueda ser atribuida al responsable preferente es lo que permite afirmar la falta de tipicidad de la conducta del autor⁶²⁵.

Ahora bien, la fragmentación del tipo en diferentes subtipos de autoría y participación es una cuestión posterior al establecimiento de las conductas penalmente relevantes. Partiendo de esta base, podemos seguir avanzando hacia el establecimiento del límite mínimo de la intervención punible en el delito. Se trata de hallar criterios que permiten trazar los límites del tipo incluyendo cualquier forma de intervención en el hecho. En esta medida, para ROBLES PLANAS, no es prohibición de regreso lo que ha de marcar la frontera de entre intervención punible y no punible, sino la prohibición de retroceso. No se trata de hallar criterios que prohíban regresar a una responsabilidad ya fundamentada, sino de definir qué formas de conducta quedan fuera del tipo por no generar riesgo típico⁶²⁶.

En este sentido, las conductas que no generan ningún riesgo típico son las denominadas conductas neutrales. Y, un concepto propio de conducta neutral expresa el sentido jurídico válido que reúne una conducta que no alcanza el nivel de una intervención punible. El carácter neutro de la conducta, indica que se ha practicado dentro de los márgenes de la adecuación social reconocida por el derecho, o dentro del riesgo permitido, de tal manera que la posibilidad de una imputación por intervención delictiva queda excluida de plano⁶²⁷.

También respecto de las conductas neutrales WOHLLEBEN hace una precisión sobre las conductas neutrales, indicando «que quien la ejecuta las hubiera realizado frente a todo el que se hallara en la situación del autor, porque él, con su acción, persigue fines propios jurídicamente no desaprobados que son independientes del hecho y del autor»⁶²⁸. Dichas conductas neutrales presentan dos elementos comunes como son; el carácter objetivo y subjetivo. Sobre el primero se refiere a conductas que se realizan de manera adecuada a un rol, estándar o estereotipo. Por otro lado, está el conocimiento por parte de quien las lleva a cabo de su idoneidad para, directa o indirectamente, producir un resultado delictivo.

625 CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría*, op. cit., p. 85.

626 ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., p. 276.

627 CARO JOHN, José Antonio, «Conductas neutrales no punibles» op. cit. p. 293.

628 Citado por ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., p. 33.

Por lo demás, hasta ahora el problema de las conductas neutrales se ha desarrollado únicamente en el ámbito de la causación indirecta del resultado, es decir, en el ámbito de la participación y, más concretamente, en el de complicidad. Ahora cabe preguntar y valorar si este tipo de conductas neutrales sólo se manifiesta en el terreno de la participación o quizá también cabría en el de la autoría⁶²⁹. El problema de los comportamientos neutros o neutrales se discute, mayoritariamente, como una cuestión de delimitación de los criterios de imputación de la conducta de cooperación a un hecho delictivo principal ajeno respecto de prestaciones ajustadas aparentemente al rol laboral⁶³⁰.

Otro rasgo característico, es que se trata de contribuciones al límite que muestran un claro desequilibrio entre lo objetivo y subjetivo del injusto a favor de este último. En otras palabras, los supuestos objetos de controversias se plantean en una fase adelantada del hecho principal y que el dato indiciario más evidente apunta intuitivamente a su posible calificación como conducta delictiva, se cifra en que el eventual cómplice dispone de un conocimiento especial, respecto de que un tercero está resuelto a llevar a cabo un concreto delito que, por lo general, no está en marcha, sino que está por venir⁶³¹.

El estudio de estas conductas neutrales, previamente puestas en la palestra por VON BAR en el ámbito del encubrimiento, y que vinieron a denominarse *neutrale Handlungen*, empieza a proliferar a partir de entonces, como auténtico campo de pruebas de las teorías sobre el límite mínimo de participación criminal realizadas principalmente a partir del desarrollo teórico base de la imputación objetiva⁶³². Lo cierto es que las conductas neutrales habían sido una categoría creada *ex professo*

629 ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., pp. 33-34.

630 Contribuciones por tanto de la vida diaria, habituales en cualquier profesión y que repetidas cientos de veces, en el ámbito laboral suscitan un determinado contexto de dudas, sobre su relevancia penal a la luz de su funcionalidad para una planificación delictiva ajena. Vid. LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, «La complicidad en el delito y los comportamientos «estándar» en el ámbito laboral», en ECHIANO BASALDUA Juan I., *Estudios jurídicos en memoria de José María Lalón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, p. 267.

631 LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, «La complicidad en el delito», op. cit., p. 276.

632 MIRÓ LLINARES, Fernando, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 64-65. / MIRÓ LLINARES, Fernando, «Imputación ¿objetiva? Conocimientos ¿especiales? Y conductas ¿neutras?». Análisis a partir del caso de la mujer que lavaba la ropa del secuestrado (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2005)», en MIRÓ LLINARES, Fernando (Dir.), *¿Casos difíciles o irresolubles?*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 265-266.

como ámbito o sector de actividad en que se ilustra con nitidez que no basta para integrar el tipo de complicidad con una mera elevación causal y dolosa del riesgo⁶³³.

De acuerdo con MIRÓ LLINARES, lo que interesa en esencia de las conductas neutrales es lo que éstas aportan al fundamento del injusto de participación, así como la relevancia del conocimiento del partícipe en dicho injusto. Por un lado, puede decirse que el análisis sobre la penalidad de las conductas neutrales no pretende desarrollar criterios de imputación distintos a los de complicidad en el resto de supuestos, sino trazar la frontera de lo objetivamente imputable a título de participación teniendo en cuenta los casos en los que ello resulta más difícil. Por otro lado, en esta temática tiene mucho que ver lo relativo a los conocimientos del partícipe y su relevancia para el injusto penal, ya que una característica importante es que los sujetos actúan de manera adecuada a su rol social, es decir, saben que están contribuyendo al delito de otro. Por último, y en opinión del mismo autor, el conocimiento del sujeto, su importancia o su insignificancia juega, pues, un papel central en el desarrollo doctrinal para la resolución de los casos de conductas neutrales⁶³⁴.

Otro punto de vista nos muestra también que es de máxima gravedad, pues se estaría jugando con el límite de las esferas de libertad del ciudadano, principalmente en el ámbito de desenvolvimiento de su trabajo o profesión. Se cierne el riesgo de la profesión laboral «habitual» puede resultar delictiva porque un tercero decide incorporar un plan delictivo. Aceptar, sin matices, que el conocimiento de la resolución delictiva es base suficiente de imputación accesoria equivale a instaurar una auténtica posición de garante genérica⁶³⁵.

Consecuentemente, las conductas estándar o neutrales, son conductas que se insertan en contextos de interacción altamente regulados. Y como consecuencia de ello se llevan a cabo con independencia de las particularidades y preferencias tanto de la persona que las ejecuta como de la persona frente a la que se ejecutan. Los sujetos que interaccionan como no configuran, sino que se adaptan al estándar de conducta definido previamente por un conjunto de reglas, pautas, o normas de actuación que, por tanto, orientan a todo el que entre en el contexto sobre el contenido de la relación⁶³⁶. Como se verá, el verdadero núcleo del problema reside en la oposición entre lo externo e interno de la conducta un aposición que no es exclusiva

633 MIRÓ LLINARES, Fernando, *Conocimiento e imputación*, op. cit., p. 66.

634 MIRÓ LLINARES, Fernando, *Conocimiento e imputación*, op. cit., p. 66.

635 LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, «La complicidad en el delito», op. cit., p. 268.

636 ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., p. 34.

de los supuestos de participación, sino que se repite siempre que desde un punto de vista externo una conducta no este requerida de ulterior explicación social, y sin embargo, los datos sobre el lado interno de quien la ejecuta revela una situación de aparentemente relevante, desde el punto de vista jurídico-penal⁶³⁷.

También antes de preguntarnos si el eventual cómplice tiene voluntad de favorecer habrán de revisarse los pre-supuestos objetivos de la conducta: la pregunta clave es si al llevar a cabo la prestación el sujeto crea o incrementa un riesgo de elevación de las posibilidades de éxito de lesión del bien jurídico. Ahora bien: ¿cuáles han de ser las bases de configuración del riesgo? Con otras palabras: la abrumadora mayoría de la doctrina diagnostica que la neutralidad es un problema del tipo objetivo de la conducta del partícipe pero el disenso se inicia allí donde debe decidirse qué aspectos objetivos y sobre todo subjetivos son relevantes para decantar el juicio de peligrosidad⁶³⁸.

3.3.1. Teorías objetivas puras

Estas desplazan el análisis de la neutralidad desde el dolo al tipo objetivo. Considerando a éstos en particular como los presupuestos de imputación de la conducta en términos estrictamente «objetivos». En consecuencia, se deja de lado el aspecto subjetivo, es decir, los conocimientos especiales de resolución delictiva ajena. Por tanto, los conocimientos especiales serían «subjetivismo» impropio del tipo objetivo que debería ser reconducido a un estadio sistemático posterior⁶³⁹. Como dijimos, se opone como extremo a las teorías subjetivas, ya que el desplazamiento del problema adelantándolo al tipo objetivo, éste como primer filtro, y la negación de datos subjetivos en esta sede, como segundo filtro objetivo, convierte ciertamente en neutras a un buen número de conductas que no requieren ya de correctivos posteriores para ser declaradas desde un principio atípico⁶⁴⁰.

En la vertiente más firme encontramos a JAKOBS, quien indica que no se trata de que la culpabilidad de uno se transfiera al otro, y menos aún de que un partícipe

637 ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., pp. 38-39.

638 LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, «La complicidad en el delito», op. cit., p. 275.

639 LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, «La complicidad en el delito y los comportamientos «estándar» en el ámbito laboral», en ECHANO BASALDUA, Juan I., *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, p. 276.

640 LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, *La complicidad delictiva en la actividad laboral «cotidiana» (contribución al «límite mínimo» de la participación frente a los «actos neutros»)*, Comares, Granada, 2002, p. 69.

arrastrare al otro a la culpabilidad y le sea, por tanto, reprochada su conducta. Antes bien, se trataría de resaltar simplemente que cooperar con una persona no responsable no puede conllevar una producción de un significado común. Lo común, sólo puede consistir en que se aprovechen algunas de las facultades técnicas del no responsable, en todo caso, afirma que el sentido jurídico penal se alcanza, por aquel que utiliza al otro, pero no por no responsable utilizado: en dos palabras, quien no actúa de forma culpable no defrauda expectativa normativa alguna⁶⁴¹. El partícipe sólo puede ser responsable si se comprueba que, en alguna medida, la asignación culpable, o sea, la negación de la vigencia de la norma le corresponde. Con otras palabras: la ejecución, en un sentido que queda por precisar, también es ejecución propia del partícipe⁶⁴².

Es el estándar del deber derivado, en el caso de JAKOBS derivado del rol, el que define el conocimiento, por lo que el conocimiento y el rol quedan vinculados por medio del deber de no abandonar determinados estándares: «el autor es garante de asegurar que en su ámbito de organización se respeten estándares de seguridad habituales»; también cuando el sujeto ajusta su propio comportamiento de rol a sus conocimientos, y en el marco de la competencia institucional el garante no puede excluir unos determinados conocimientos de su rol como especiales⁶⁴³. Todos estos criterios, pues, son concreciones de la idea de que lo importante no es que, desde la perspectiva del partícipe o del autor, el contribuyente ayude a otro, sino que, desde la perspectiva normativa, y para eso es necesaria la concreción de todos los demás criterios, digamos que efectivamente lo haya hecho⁶⁴⁴.

Sobre el caso de un vendedor de cuchillos y el homicida que entra con su víctima a comprar el arma letal, indica MIRÓ LLINARES que es significativo cómo resuelve JAKOBS este problema: en un contexto normal la venta de un cuchillo a otro, aún sabiendo lo que piensa realizar con él el autor, no hace nacer la complicidad, pero si a quien vende es no sólo un comprador de cuchillos sino un homicida, en-

641 JAKOBS, Günther, «Accesoriedad sobre los presupuestos de la organización en común», trad. M^a Ángeles Cuadrado Ruíz, en *Revista del Poder Judicial*, n^o 59, 3^a época, 2000, pp. 127-128. / En este sentido Jakobs utiliza un ejemplo de la reina que se hace pasar por la esposa de un vasallo para yacer con éste, y en consecuencia con posterioridad inducir a este a asesinar a su rey. Vid. JAKOBS, Günther, *El concepto jurídico penal de acción*, trad. Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1986, p. 16 y sig.

642 JAKOBS, Günther, «Accesoriedad...», op. cit., p. 128.

643 MIRÓ LLINARES, Fernando, *Conocimiento e imputación*, op. cit., p. 79-80.

644 MIRÓ LLINARES, Fernando, «Imputación ¿objetiva? Conocimientos ¿especiales?», op. cit., p. 274.

tonces el conocimiento es relevante y el que vende deja de hacerlo en su rol y pasa a hacerlo como cómplice de homicidio⁶⁴⁵.

Sobre el partícipe cabría preguntarse, como indica JAKOBS, la pregunta a responder es cómo tendría que estar diseñado un comportamiento en el estadio previo para poder imputar la realización prohibida por otra persona como comportamiento coherente del partícipe. Se trataría de una obra compartida, en común, es decir, de una realización que pueda imputarse al partícipe⁶⁴⁶. Con esto se crea un nuevo concepto de accesoriadad: un partícipe en el estadio previo no se responsabiliza penalmente porque coproduce el hecho de otra persona, sino porque el hecho producido también es su propio hecho⁶⁴⁷.

El significado de un comportamiento no sólo depende de la forma del comportamiento en sí, sino también en el contexto en el que se realiza tal comportamiento. Sobre todo un contexto claramente delictivo va a tener repercusiones en un comportamiento estereotipo socialmente adecuado —cita el ejemplo de la compra de una pala en una tienda de herramientas—⁶⁴⁸. Como conclusión, el vínculo se constituye normativamente mediante el diseño de la expectativa que se dirige a los implicados, es decir, como contenido de la obligación. Según esto, un comportamiento es accesorio si se ajusta a una realización y por tanto hay razón para la imputación de la ejecución llevada a cabo por otros; lo contrario a la imputación es la prohibición de regreso⁶⁴⁹.

En este punto el conocimiento no es relevante. ¿Cuál es entonces el criterio? El denominado «sentido delictivo», que sin embargo a la hora de intentar desentrañar su verdadero significado presenta un evidente déficit de contenido material. La alusión al *deliktischen Sinnebezug* (sentido delictivo) no deja de ser, por tanto, una descripción objetivo-formal que se plantea más bien en términos «negativos» por cuanto se caracteriza sobre todo por negar los conocimientos especiales como datos relevantes antes de definir cuál es el aspecto clave para decantar el juicio de peligrosidad⁶⁵⁰.

645 MIRÓ LLINARES, Fernando, *Conocimiento e imputación*, op. cit., p. 80-81

646 JAKOBS, Günther, «Accesoriadad», op. cit., p. 133.

647 JAKOBS, Günther, «Accesoriadad», op. cit., pp. 133-134.

648 Por ejemplo: está claro que la venta de una pala en una tienda de herramientas para el trabajo de jardinería no es algo dañino; pero si enfrente de la tienda hay gente que se están peleando con palos, y algunos ya heridos entran en la tienda y exigen urgentemente una pala, eso ya es otra cosa. Vid. JAKOBS, Günther, «Accesoriadad», op. cit., p. 140.

649 JAKOBS, Günther, «Accesoriadad», op. cit., p. 140.

650 LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, «La complicidad en el delito», op. cit., p. 276.

En el mismo sentido, una postura más flexible indica que, cuanto más objetivada y cercana esté la realización del tipo, más difícil le será al que favorece distanciarse jurídico-penalmente de la ejecución del hecho típico principal. La preexistencia de la infracción de una norma penal hace variar el sentido o significado normativo de las conductas que pueden favorecer las consecuencias de esa infracción⁶⁵¹.

También FRISCH explica, que ante el punto de vista de que la realización de un tipo se determina fundamentalmente conforme a lo subjetivo, ante ello manifiesta que es correcto afirmar que en la cuestión relativa a la creación de un peligro desaprobado no puede prescindirse completamente de los conocimientos especiales disponibles por el autor. Esto es porque, en primer lugar, no interesan solo las circunstancias en las que piensa el autor en el momento del hecho. Su conducta puede estar también desaprobada si no considera circunstancias experimentadas anteriormente y que debería haber considerado en la decisión de su acción. Así también, es erróneo proceder basando el juicio de peligro en esta anticipación a los acontecimientos individuales y no en las circunstancias objetivas⁶⁵². Dichas circunstancias que concurren en el momento de la acción, pero que son desconocidas para las personas que actúan, aquellas que deben ser consideradas en el juicio de la creación del peligro desaprobado de la conducta⁶⁵³.

Ambos autores (JAKOBS y FRISCH) al margen de declaraciones formales, en realidad abren en mayor medida la puerta a calificar supuestos de aparente neutralidad con base en que el «conocimiento especial» de resolución delictiva ajena funge como dato que enriquece el contexto y permite concluir la relevancia de la prestación según el rol laboral. Importante es el criterio central que manejan sobre la «cercanía» a la fase ejecutiva del hecho principal como parámetro material subyacente al sentido delictivo⁶⁵⁴.

En contraste con las teorías objetivas puras, se integran decididamente como aspecto relevante a considerar ya en el propio tipo objetivo los conocimientos especiales de resolución delictiva ajena, es decir, que el sujeto cuya prestación es objeto de consideración sepa que el autor está dispuesto a delinquir valiéndose del comporta-

651 FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo J., *Limites de la participación criminal. ¿Existe una «prohibición de regreso» como límite general del tipo en Derecho penal?*, Comares, Granada, 1999, p. 73.

652 FRISCH, Wolfgang, «La imputación objetiva: Estado de la cuestión», en SILVA SÁNCHEZ Jesús-María (Dir.), *Sobre el estado de la teoría del Delito (Seminario de la Universitat Pompeu Fabra)*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 56-57.

653 FRISCH, Wolfgang, «La imputación objetiva», op. cit., p. 57.

654 LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, «La complicidad en el delito», op. cit., p. 277.

miento estándar no es un dato prescindible se trataría de un elemento más a la hora de comprender el verdadero sentido delictivo, esto es, intersubjetivo, de la luz puede perder su carácter de neutralidad o, por el contrario confirmarlo.

3.3.2. Teorías mixto-objetivas

Este conjunto de tesis se caracterizan por incluir siempre respecto de la discusión sobre comportamientos estándar, los conocimientos especiales como aspecto relevante a tener en consideración para la imputación objetiva de la conducta, esto es, si el juicio de peligrosidad, el riesgo de favorecimiento, puede estar en función de que el vendedor, proveedor, asesor, etc., conozca las intenciones delictivas del autor principal destinatario de la prestación, que el dolo de favorecimiento sea directo o simplemente eventual no tiene la misma relevancia⁶⁵⁵. Sobre el desvalor de los delitos dolosos, PAREDES CASTAÑÓN indica que el desvalor de la intención por si solo resulta insuficiente para justificar un juicio global de la valoración negativa de la conducta; al contrario, es una condición necesaria para ello la existencia de desvalor objetivo⁶⁵⁶. Por tanto, la decisión de causar en desvalor de resultado no es condición suficiente para la declaración de antijuridicidad, puesto que ello desemboca en un «Derecho penal de la voluntad», que, además de resultar dudosa constitucionalidad, es desde luego disfuncional en nuestro sistema jurídico social⁶⁵⁷.

Explica PAREDES CASTAÑÓN que solamente una restricción en la parte objetiva del tipo puede proporcionar un objeto adecuado para el juicio de calificación como dolosa de la conducta, dado que los otros posibles objetos del dolo no constituyen el auténtico punto de enlace entre los elementos externos e internos del tipo: solamente así se mantendría la necesaria «congruencia» entre los mismos⁶⁵⁸. Indica que también se pueden argüir razones de justicia material: en cuanto a la protección de bienes jurídicos, no parece que deba merecer reproche jurídico-penal la conducta que en absoluto pone en peligro ningún bien, sino que solo constituye una manifestación de voluntad lesiva, y no resulta racional ni justo atribuir idéntico reproche que para nada pone en peligro el bien jurídico⁶⁵⁹.

655 LANDA CORONELIZ, Jon Mircha, «La complicidad en el delitos», op. cit., p. 279.

656 PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El riesgo permitido en el Derecho penal (régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, p. 119.

657 PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El riesgo permitido*, op. cit., p. 119.

658 PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El riesgo permitido*, op. cit., p. 120.

659 PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El riesgo permitido*, op. cit., p. 120.

En consecuencia, se podría deducir lógicamente que aquellos casos en los que la conducta no resulte objetivamente desvalorada, la presencia de una voluntad contemplada objetivamente, de lesionar o poner en peligro el bien jurídico no dará lugar a la calificación de la conducta como penalmente ilícita, es decir, las conductas que creen riesgos permitidos, aunque se realicen con plena conciencia y voluntad, e incluso aunque acaben en la causación de un resultado lesivo, seguirán siendo plenamente lícitas⁶⁶⁰.

El planteamiento de las tesis mixto objetivas, aunque más flexible en el juicio de imputación, resulta en una consideración global difícilmente controlable en sus resultados hasta el extremo de favorecer una inversión de las reglas de impunidad de los comportamientos estándar que sugerían las tesis objetivas puras. Una posición doctrinal ecléctica, puente entre las tesis mixto-objetivas y mixto-subjetivas, no sólo reconoce la relevancia de los conocimientos especiales, sino que, además, eleva este dato a criterio expreso y central de un diagnóstico muy ajustado de los que caracteriza a los actos neutros⁶⁶¹. Además, también sugiere criterios como la cercanía a la fase ejecutiva del hecho principal en «accesoriedad cuantitativa» o el hecho de que se produzca una transgresión del de normativa sectorial, que ejerce un cierto contrapeso a la apertura del tipo objetivo, neutralizando casi definitivamente el riesgo de excesiva y arbitraria intervención⁶⁶².

3.3.3. Teorías mixto-subjetivas

Esta dirección doctrinal mayoritaria se caracteriza, no solo por elevar a criterio de imputación objetiva el conocimiento especial de resolución delictiva ajena, sino, y esto es lo más característico, por diferenciar los criterios de imputación según la modalidad de dolo concurrente. Si el conocimiento especial es un dato relevante que puede ayudar a iluminar el contexto que permita descubrir el sentido objetivo del comportamiento aparentemente neutral, también la clase de comportamiento puede aportar luz. La modalidad de dolo en su aspecto cognitivo adquiere relevancia «adelantada» en el tipo objetivo en cuanto descriptor de realidad⁶⁶³. La asunción de una configuración mixta del injusto del partícipe lleva en línea de coherencia una

660 Citando el ejemplo de un boxeador. Vid. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El riesgo permitido*, op. cit., p. 120.

661 LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, «La complicidad en el delito», op. cit., pp. 280-281.

662 LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, «La complicidad en el delito», op. cit., p. 281.

663 LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, «La complicidad en el delito», op. cit., p. 282.

conformación del tipo objetivo con criterios de imputación también mixtos: el juicio de peligrosidad como núcleo esencial del desvalor de acción, depende también de la modalidad de dolo concurrente de suerte que asumiendo un grado de tendencia dependiente de la intención se perfila un ámbito de imputación más amplio con dolo directo que con dolo eventual⁶⁶⁴.

Explica ROXIN, que conviene diferenciar aquellos casos en que los actos cotidianos, neutros, son llevados a cabo con conocimiento seguro de los planes delictivos del autor principal, esto es, con dolo directo, de aquellos otros en que el favorecimiento se realiza contando con la posibilidad de que la contribución vaya a ser utilizada por el autor principal para fines delictivos, esto es, con dolo eventual⁶⁶⁵. En otras palabras, cuando el favorecedor tiene conocimiento seguro de los planes del autor habrá complicidad punible sólo si además la contribución tiene un «claro sentido delictivo», esto se produce cuando la aportación del partícipe sólo resulta valiosa para el autor principal desde la perspectiva del hecho delictivo planeado y el favorecedor lo sabe. Por tanto el criterio del sentido delictivo podría redefinirse como requisito que exige que la aportación del cómplice tenga un sentido «exclusivamente» delictivo desde la perspectiva del destinatario de la contribución del partícipe⁶⁶⁶.

Para RUEDA MARTÍN, lo que modifica la valoración sería precisamente el conocimiento, un dato subjetivo que está al margen de cualquier estandarización del comportamiento desde el punto de vista de la ejecución de un rol, de modo que es el dolo, es decir, la conciencia y voluntad de realizar un favorecimiento en el desarrollo de un hecho el principal elemento que atribuye un sentido social a la acción y el conocimiento integra el componente intelectual del dolo⁶⁶⁷.

Por su parte, MIR PUIG indica que el juicio de desvalor que permite la anti-juridicidad penal, pese a ser objetivo en el sentido de expresar el carácter objetivamente indeseable para el Derecho penal de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, no es posible sin tener en cuenta el aspecto subjetivo del hecho⁶⁶⁸. En el

664 LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, «La complicidad en el delito», op. cit., pp. 282-283.

665 LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, *La complicidad delictiva*, op. cit., p. 78.

666 LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, *La complicidad delictiva*, op. cit., p. 79.

667 RUEDA MARTÍN, M^a Ángeles, «Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso», en *Revista Penal*, n^o 9, 2002, p. 127. / Vid. también RUEDA MARTÍN, M^a Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, J. M^a. Bosch, Barcelona, 2001, pp. 320 y sig.

668 MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 7^a ed., Reppertor, Barcelona, 2005, p. 172.

mismo sentido, el desvalor de la conducta, presupuesto del desvalor de resultado, no depende sólo de la parte objetivo externa del hecho. Ello se debe a la imposibilidad de una separación tajante entre lo interno y externo del hecho a la hora de captar su sentido social y jurídico⁶⁶⁹. Ciertamente defiende el aspecto objetivo pero sin dejar de lado la importancia del aspecto subjetivo.

A juicio de LANDA GOROSTIZA, la flexibilidad en que en definitiva se nutre el eclecticismo metodológico impide excesos normativistas y falsos ontologismos en la construcción dogmática de un adecuado equilibrio entre los niveles prescriptivo y normativo, que en nuestro caso se proyecta en una concepción mixta del injusto objetivo-subjetivo, que se plasma además en una propuesta sistemática abierta flexible pero no excesiva de sub-criterios de imputación para orientar al intérprete, sin aprisionarle pero a la vez sin neutralizar los riesgos de arbitrariedad⁶⁷⁰.

De este modo, no basta con una imputación objetiva del hecho, sino que es necesaria una imputación total que tome en especial consideración el conocimiento y contenido de la voluntad de la persona que actúa para valorar su peligrosidad. Por eso, dice MÜLLER que «no existe en Derecho penal conductas per se total y absolutamente neutrales», sino participaciones punibles o no punibles, siendo el lugar de delimitación de tal frontera no la imputación objetiva sino el dolo⁶⁷¹.

No puede negarse que se trata una posición interesante, por partir de la comprensión de que no es posible resolver la cuestión de las conductas neutrales en sede de la imputación objetiva y sin tener en cuenta el conocimiento del sujeto, pero al acabar situando en la intención del sujeto gran parte del fundamento del injusto del partícipe se sitúa en posiciones cercanas al finalismo, al situar en lo que el partícipe entienda qué está haciendo el significado último de actuar⁶⁷².

3.3.4. Puntualizaciones

De lo desarrollado sobre las conductas neutrales, y las diferentes posturas doctrinales pasando de las denominadas objetivas puras, las mixtas y llegando a las subjetivas más firmes. Lo cierto es que, en lo que se refiere a la aplicación en

669 MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal*, op. cit., p. 173.

670 LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, «La complicidad en el delito», op. cit., p. 291.

671 Citado por MIRÓ LLINARES, Fernando, *Conocimiento e imputación*, op. cit., p. 85.

672 MIRÓ LLINARES, Fernando, «Imputación ¿objetiva? Conocimientos ¿especiales?», op. cit., p. 287.

los casos del delito de organización criminal, como en los casos de autoría, suele ser complicado definir dicha frontera para determinar la participación, para esto el filtro ofrecido por dichas posturas doctrinales son de mucha ayuda, y nos inclinamos por las teorías objetivas, por considerarla la más adecuada de aplicar al delito de organización criminal. Si bien el conocimiento puede considerarse un elemento a tener en cuenta, lo relevante en realidad es el sentido delictivo que muestra el cooperador o cómplice, al momento de favorecer una conducta delictiva. Es decir, si con su comportamiento llega acercarse más al tipo delictivo, en consecuencia se alejaría más de la conducta neutral. No existirá por tanto reglas matemáticas que resuelvan perfectamente que comportamientos son neutrales o no, sino sólo filtros que nos permitan apreciar mejor el panorama de los aportes delictivos que han tenido lugar en el delito.

Resulta importante tener presente como se pronuncia el Tribunal Supremo sobre las conductas neutrales, para esto, citamos un par de Sentencias que resuelve dirimiendo la posible complicidad de la compañera sentimental de un terrorista, absolviéndola bajo el fundamento de que «El mero conocimiento de la comisión del delito y la pasividad ante ello, excepto en los concretos supuestos de responsabilidad derivada de la ocupación de una específica posición de garante, legalmente prevista, no alcanza a constituir una forma de participación típica en esa comisión, por lo que el sujeto ha de llevar a cabo, en todo caso, actos de verdadera entidad y eficacia en relación con la ejecución del delito por el autor principal»⁶⁷³.

En el mismo sentido una Sentencia posterior afirma: «La doctrina reciente estima que estos actos son comportamientos cotidianos, socialmente adecuados, que por regla general no son típicos. A estos fines, la teoría y algunas jurisprudencias europeas han elaborado diversos criterios para establecer las condiciones objetivas en las que un acto «neutral» puede constituir una acción de participación. En este sentido se atribuye relevancia penal, que justifica la punibilidad de la cooperación, a toda realización de una acción que favorezca el hecho principal en el que el autor exteriorice un fin delictivo manifiesto, o que revele una relación de sentido delictivo, o que supere los límites del papel social profesional del cooperante, de tal forma que ya no puedan ser consideradas como profesionalmente adecuadas, o que se adapte al plan delictivo del autor, o que implique un aumento del riesgo, etc.»⁶⁷⁴.

673 STS 185/2005, de 21 de febrero, (Roj: STS 1023/2005), Fundamento de Derecho (Segundo).

674 STS 34/2007, de 1 de febrero, (Roj: STS 484/2007), Fundamento de Derecho (Único).

3.4. ¿Imputación a la víctima en los delitos de organización criminal? Y su aspecto victimológico

No es frecuente que en marco de la reflexiones dentro de la teoría del delito la figura de la víctima, ocupe un papel destacado. Más bien ciertamente la víctima vive un papel marginal, confinada a una consideración puntual como «sujeto pasivo» o incluso como objeto material del delito⁶⁷⁵

De esta manera, el Derecho penal tradicional dispensó a la víctima de una atención secundaria⁶⁷⁶. No obstante, en los últimos años se ha producido lo que se ha llamado el redescubrimiento de la víctima por parte de las ciencias penales, tanto por parte de la política criminal, así como en el plano de Derecho procesal⁶⁷⁷.

675 Fundamental sobre imputación a la víctima *Vid.* CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en el Derecho penal. Estudios sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Bosch Editor, Barcelona, 2001, *passim.* / CANCIO MELIÁ, Manuel, «La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima («imputación a la víctima»)», en CANCIO MELIÁ, Manuel / FERRANTE, Marcelo / SANCINETTI, Marcelo A., *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 77. / Trascendental sobre el estudio de la víctima. *Vid.* especialmente, al respecto, DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, «De la Política penal hacia una Política victimológica (¿y criminal?)», en TAMARIT SUMALLA, Josep M^a. (Coord.), *Estudios de Victimología. Actas del Congreso español de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 197-241. / BERISTAIN IPIÑA, Antonio, *Transformación del Derecho penal y la Criminología hacia la Victimología. (Dignidad ético-mística de las macrovíctimas)*, Ara Editores, 2008, *passim.* / HERRERO MORENO, Myriam, *La hora de la Víctima. Compendio de Victimología*, Prólogo del Prof. Dr. Miguel POLAINO NAVARRETE, Edersa, Madrid, 1996, *passim.* / MIGUEL DÍAZ GARCÍA CONLLEDO, José / PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel (Coord.) / CANCIO MELIÁ, Manuel, (ed al.), *Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999. Ponente: Sr. Bacigalupo Zapater)*, Universidad de León: Secretariado de Publicaciones y Medios Audiovisuales, Guanajuato, 2004, *passim.*

676 En este sentido se cita a SCHÜNEMANN indicando que «por vía de conclusión, que en tanto la construcción tradicional considero a la víctima como destinataria de la protección de los tipos penales, en la actualidad trata de valorarse su comportamiento para determinar la existencia de la tipicidad penal... con ello, más allá del campo propio del consentimiento, se concede fácticamente a la víctima una facultad de disposición respecto a la realización del contenido del tipo». *Vid.* TORIO LÓPEZ, Ángel, «Significación dogmática de la «compensación de culpas» en Derecho penal», en *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, Servicio de Publicacións e Intercambio Científica da Universidad de Compostela, 1989, pp. 716-717.

677 CANCIO MELIÁ, Manuel, «La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima», *op. cit.*, p. 79.

Ahora bien, cuando hablamos de imputación a la víctima, debemos tener algunos rasgos esenciales, tales como: imputación no accesoria, imputación objetiva y organización conjunta. Pues bien, cuando el titular de un bien jurídico «víctima» emprende conjuntamente con otro «autor» una actividad que puede producir una lesión de bien jurídico, la actividad generadora del riesgo debe ser imputada al ámbito de responsabilidad preferente de la víctima en la medida en que: a) la actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima; b) la conducta de la víctima no haya sido instrumentalizada por el autor, por carecer ésta de la responsabilidad o de la base cognitiva necesarias para poder ser considerada (auto)responsable; c) el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima⁶⁷⁸.

Puede haber tanto supuestos de ejecución en manos del autor en los que en caso de daño éste se impute a la víctima, como supuestos en los que, a pesar de que es la víctima quien ejecuta directamente la actividad arriesgada, el hecho se presenta como conducta típica del autor. Una vez definida la actividad conjunta de autor y víctima, el suceso debe ser imputado, en principio, al ámbito de responsabilidad de la víctima. La razón de ello está en que la esfera de autonomía de la víctima da lugar a una atribución preferente de los posibles daños a su propio ámbito de responsabilidad. Respecto a ese carácter preferente del ámbito de responsabilidad de la víctima, la atribución de los daños no puede seguir las mismas reglas que se determinan mediante la teoría de autoría y participación, es decir, cuál es el grado de responsabilidad que corresponde a los distintos intervinientes en un hecho consistente en la realización de una infracción que afecta a un tercero⁶⁷⁹. Constatada la interacción existente entre el autor y la víctima a la que hay que reconducir a la actividad arriesgada, la organización conjunta no puede ser fragmentada —o imputación no accesoria— en aportaciones de mayor o menor rango, esto en atención a su relevancia en la ejecución⁶⁸⁰.

Una vez definida la actividad conjunta en la que se embarca la víctima junto al autor, la imputación de esa actividad conjunta al ámbito de responsabilidad de la víctima se produce en términos objetivos. Que esto deba ser así viene determinado, no sólo por razones de índole general, sino por un rasgo característico de las constataciones en cuestión, es decir, la interacción entre autor y víctima⁶⁸¹. Ahora bien, el

678 CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, op. cit., p. 286.

679 CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, op. cit., p. 287.

680 CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, op. cit., p. 287.

681 CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, op. cit., p. 289.

horizonte relevante para considerar hasta qué punto estas cuestiones merecen una respuesta afirmativa o negativa sólo puede hallarse en lo configurado conjuntamente, en este sentido y coincidiendo con el significado del término en el marco de la teoría de la imputación objetiva en un plano objetivo⁶⁸².

Pues bien, partiendo de esta perspectiva, puede haber casos en los que siquiera exista, por parte de la víctima, conocimiento del riesgo al que se expone. Así, aunque en alguno de los supuestos de entrega de estupefacientes u otros casos la víctima desconozca la posibilidad de producir daños en su persona, el suceso debe imputarse de todos modos a su ámbito de responsabilidad. Pues las actividades citadas no pueden ser interpretadas de ningún modo sin el riesgo de esos daños⁶⁸³. De lo expuesto surge un interrogante sobre un tema relacionado con la organización criminal, como es el caso del tráfico o trata de personas: ¿son las víctimas responsables de su autopuesta en peligro?. En este sentido, se debería considerar en el plano de la configuración objetiva de la interacción, y en su conexión con el ámbito de la responsabilidad preferente que corresponde a la víctima, en el que deben hallarse los límites de la relevancia de la conducta de la víctima⁶⁸⁴. Dichos límites han de encontrarse en la diferente configuración objetiva de la interacción entre víctima y autor, quedando en unos casos el suceso abarcado por el ámbito de responsabilidad de la víctima y en otros no⁶⁸⁵.

Otro presupuesto para la imputación a la víctima es la organización conjunta, que no debe entenderse como una actividad compartida en la que de modo paralelo a la coautoría tanto el autor como la víctima aportaran algún elemento de cierta importancia a la ejecución de la actividad. Por el contrario, las aportaciones de autor y víctima pueden ser de muy diverso peso. Pueden ir desde un mero acto comunicativo hasta llevar a cabo directamente la actividad arriesgada. Cabe destacar que lo importante es que la interacción entre víctima y autor crea un contexto común de un mismo significado objetivo. Dicho significado se determina conforme a patrones normativos: sólo aquellos aspectos de la organización son «conjuntos» que se presenten como un elemento inherente a la actividad elegida por la víctima y ello como función de su autonomía⁶⁸⁶.

682 CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, op. cit., p. 289.

683 CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, op. cit., p. 290.

684 CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, op. cit., p. 291.

685 CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, op. cit., p. 292.

686 CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, op. cit., pp. 292-293..

Establecido los parámetros de la imputación a la víctima, se debe afirmar que dentro de la interacción social, la configuración de un delito compete no sólo al autor, sino también a la víctima, incluso en un doble sentido, es decir, puede que el propio comportamiento de la víctima fundante que se le impute la consecuencia lesiva, puede que la víctima se encuentre en desgraciada situación de hallarse en esa posición, ya sea por obra del destino o por infortunio. Existiría, por tanto, competencia de la víctima⁶⁸⁷. Mediante la imputación objetiva se estudia el problema de hasta que punto el consentimiento de la víctima en el riesgo que corre, y que se acaba materializando en un resultado lesivo para la misma, puede excluir la imputación objetiva de terceros que de manera imprudente, han contribuido a este resultado lesivo.

Cuando se manifiesta una competencia de la víctima, se podría asimilar como una infracción de deberes de autoprotección, constituiría el reverso de lo que en el lado del autor es un quebrantamiento no intencionado del rol, en esencial de un quebrantamiento imprudente. Al igual que el autor no puede comportarse de modo arriesgado distanciándose, simultáneamente, de manera válida de las consecuencias de su comportamiento, tampoco la víctima puede asumir un contacto social arriesgado, sin aceptar como fruto de su comportamiento la consecuencia que de acuerdo a un pronóstico objetivo son previsibles⁶⁸⁸.

Del mismo modo que en el ámbito de la responsabilidad del autor ha de partirse no de un suceso psíquico, sino de algo normativo, del quebrantamiento del rol, también en el lado de la víctima lo decisivo está en determinar si la víctima ha desempeñado el rol de víctima o, precisamente, el rol de alguien quien configura la situación, en otras palabras, de quien actúa a propio riesgo. En su núcleo, la perspectiva normativa en el lado de la víctima constituye una noción tan asentada como lo es el punto normativo en el lado del autor⁶⁸⁹. En tal sentido, consideramos inviable

687 JAKOBS, Günther, *Imputación objetiva...*, op. cit., p. 109. / Vid., sobre algunos casos de autopuesta o hereropuesta en peligro importante, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Imputación objetiva y conducta de la víctima», en *ADPCP*, vol. LVIII, 2005, *passim*; sobre la responsabilidad de la víctima, VARGAS PINTO, Tatiana, «La «desgraciada» conducta de la víctima: un problema de imputación», en *Política Criminal: Revista de Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, n° 18, 2014, pp. 338-370.

688 A manera de ejemplo, JAKOBS cita «quien por sí mismo se zambulle en el agua o salta a un lugar donde hay que contar con la presencia de agua, no puede imputar a los demás el haberse mojado» Vid. JAKOBS, Günther, *Imputación objetiva*, op. cit., p. 111.

689 JAKOBS, Günther, *Imputación objetiva*, op. cit., p. 112. / Vid. además, sobre este instituto de la imputación objetiva, PUPPE, Ingeborg, *La imputación objetiva. Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales*, trad. Percy García Caveró, Comares, Granada, 2001, pp. 136 y sig. / GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Imputación objetiva, participación

La aplicación del instituto de la imputación a la víctima, por tratarse de un colectivo, que en ningún momento busca o se expone a la organización criminal. Pero podríamos hacer referencia al caso particular de la imputación a la víctima en casos determinados como podría ser el de trata y tráfico de personas.

Dicho esto, resalta claramente que pueden existir situaciones donde la víctima pueda propiciar su propia lesión o puesta en peligro de su integridad física, esto debido a una falta de deber de autoprotección. Conforme a estas puntualizaciones y trasladadas al delito de organización criminal, vienen a cuenta el delito cometido por la organización criminal como es; la trata y tráfico de personas. En este delito se podría argumentar frágilmente que algunos casos existiría un consentimiento de las víctimas *v. gr.*, mujeres que saben que ejercerán la prostitución o trabajadores, pero que no tienen conciencia de las condiciones en que trabajarán, ya que en la mayoría de los casos son trabajos forzados e incluso extorsionados para trabajar o ejercer excesivas horas.

Ahora bien, ingresando al aspecto victimológico en el delito de trata de personas, se debe indicar como antecedente que el Consejo Europeo en su resolución de 19 de mayo de 2000 define la vulnerabilidad en el contexto de la trata como «el resultado de la coerción y de una situación administrativa irregular». Con la identificación de la vulnerabilidad y con la falta de derechos de las migrantes irregulares, quedaron asimiladas las conductas de quien cruza ilegalmente la frontera y de quién es objeto de violación de derechos humanos en situaciones de explotación⁶⁹⁰. Posteriormente en España se ratifica en 2009 el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005. El cual conceptualiza en su «artículo 4 inc. a) Por «trata de seres humanos» se entenderá el reclutamiento, transporte, transferencia, alojamiento o recepción de personas, recurriendo a la amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coerción, el secuestro, fraude, engaño, abuso de autoridad o de otra situación de vulnerabilidad, o el ofrecimiento o aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de

en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida», en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 431-457. / CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudios sobre los ámbitos de responsabilidad y autor en actividades arriesgadas*, J. M^a. Bosch, Zaragoza, 2001, *passim* / FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Imputación objetiva*, op. cit. pp. 441 y sig. Entre muchos otros.

690 IGLESIAS SKULJ, Agustina, «Políticas públicas de lucha contra la trata de mujeres en el con- texto español: luces y sombras», en IGLESIAS SKULJ, Agustina / PUENTE ABA, Luz María (Coord.), *Sistema penal y perspectiva de género: trabajo sexual y trata de personas*, Editorial Comares, Granada, 2012, p. 64.

una persona que tenga autoridad sobre otra, con vistas a su explotación. La explotación comprenderá, como mínimo, la explotación de la prostitución de otras personas u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extirpación de órganos».

Antes de la reforma de 2010 existía una confusión y problema de interpretación de lo que era inmigración ilegal y la desprotección de las personas que eran objeto de trata pero se encontraban de forma irregular en España. Ello determinó la incorporación de un nuevo tipo penal art. 177 *bis* CP, el delito de trata de seres humanos. En este sentido, se le dotó del papel de víctima a las mujeres y las niñas (os) esto como núcleo esencial de la lucha contra la trata con fines de explotación sexual⁶⁹².

Aunque, en principio, la distinción entre ambos fenómenos –tráfico de migrantes y trata de personas– ahora parece clara, desde el punto de vista conceptual no siempre la realidad permite diferenciar dichos delitos de forma tan nítida. Ya que ambos delitos concurren en un contexto migratorio cuyo inicio y final puede variar según las oportunidades así como los abusos cometidos por los autores. El proceso migratorio puede iniciarse como tráfico de migrantes con la simple facilitación sexual o laboral en el país de destino por diversas circunstancias. Y también puede ocurrir el proceso contrario, iniciar el proceso migratorio como trata de personas y terminar en el país de destino como entrada ilegal del migrante, sin que exista una posterior explotación⁶⁹³.

La víctima de trata de personas pasa por diferentes fases y son las siguientes:
a) fase de captación, esta inicia identificando víctimas vulnerables que puedan ser incorporadas fácilmente a este proceso. Una vez identificadas, los tratantes intentan llegar a un acuerdo y convencer a la víctima para que acepte el traslado y sus condiciones. En este sentido las ofertas con las que se pretende encandilar a las víctimas son muy diversas aunque se puede identificar un patrón común que reúne las si-

691 Vid., con mayor detalle, CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA SOBRE LA LUCHA CONTRA LA TRATA DE SERES HUMANOS, Varsovia, 16/5/2005.

692 IGLESIAS SKULJ, Agnieszka, «Políticas públicas de lucha», *op. cit.*, pp. 64-65.

693 GIMENEZ-SALINAS Franis, Andreu, «La trata de personas como mercado ilícito del crimen organizado. Factores explicativos y características», en *Cuadernos de la Guardia Civil*, No 51, 2016, p. 16. Sobre la trata de personas y su relación con la organización criminal y su relación con el delito de trata de personas: especial atención a la legislación penal española en *Revista Themis - Foro Superior da Magistratura do Estado do Ceará, Fortaleza*, 2017, pp. 15-38.

güentes características: suelen ser ofertas de trabajo en profesiones no cualificadas (limpieza, hoteles, cuidado de niños etc.), con sueldos mucho más importantes de lo que en el momento de la captación y que le permitiría tener una situación económica holgada con la posibilidad de enviar dinero a sus familias⁶⁹⁴. La segunda fase es de transporte, según Naciones Unidas en un informe de 2012, indica que cerca de 75% de las víctimas de trata deben trasladarse de un país a otro y, el 25% de ellas, son víctimas de trata doméstica en sus países por ello, el viaje hacia el lugar de destino, donde supuestamente encontrarán el trabajo deseado, puede realizarse en distintos medios de transporte, según la distancia recorrida y los controles intermedios. Se trasladan por tierra, mar o aire, siempre acompañados o vigilados por los miembros de la organización que se aseguran que la víctima llegue al destino acordado. La última fase es la de explotación, esta constituye la verdadera finalidad de la actividad ilícita, los tratantes, a partir de las infraestructuras existentes en los países de destino, procederán a la explotación de las víctimas con sus propios medios o las venderán a otras organizaciones para su explotación de forma sexual, laboral u otro tipo de servidumbre. Así pues, para asegurar su sometimiento en la mayoría de los casos, la deuda contraída en los lugares de origen suele engrosarse con el pago del alojamiento y todo tipo de servicios ofrecidos por los mismos⁶⁹⁵.

En el espacio europeo se han realizado notables esfuerzos y avances sobre la trata de personas, muestra de ello es la Sentencia que dicta el Tribunal de Derechos Humanos en el caso Rantsev contra Chipre y Rusia (Nº25965/404) de 7 de enero de 2010⁶⁹⁶.

Por último, y por lo desarrollado hasta ahora en este apartado, por un lado, en el caso de la imputación a la víctima, se debe apartar la competencia de la víctima, ya que las mismas se encuentran dentro de una especie de fraude, y que el requisito central en el tráfico es la presencia del engaño, la coerción, de la deuda y la finalidad de explotación —ya sea laboral o sexual—. En consecuencia, el consentimiento de la víctima no excluye la responsabilidad del traficante o explotador. Podríamos afirmar entonces, que la aplicación del instituto de la imputación a la víctima en los delitos

694 GIMENEZ-SALINAS Framis, Andrea, «La trata de personas como mercado ilícito», op. cit., p. 17.

695 GIMENEZ-SALINAS Framis, Andrea, «La trata de personas como mercado ilícito», op. cit., pp. 17-18.

696 Con mayor detalle *Vid.* LUCÉA SÁENZ, Asunción, «Trata de personas o esclavitud moderna. La importancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la trata de mujeres en el caso Rantsev. Claves jurídicas», en *Aequalitas: revista jurídica de igualdad entre hombres y mujeres*, nº 38, 2015, pp. 7-19.

de organización criminal tienen una aplicación inviable. Por último, tal como afirma FRISCH, es esencial tener en cuenta que la autopuesta en peligro no es una figura que pueda aplicarse a todo tipo de casos y, por ello, obtener unas consecuencias jurídico-penales⁶⁹⁷. Por otro lado, en el aspecto victimológico, se ha podido identificar a las principales víctimas en este tipo de delitos, las cuales son mujeres y los niños y son escogidas por ser víctimas vulnerables. Pese a los avances que se han hecho en el aspecto normativo y preventivo en el espacio europeo aún queda un trecho la lucha efectiva contra este tipo delictivo, ya que continuarán siendo captadas más víctimas mientras las condiciones sociales no cambien en sus países de origen. También es importante mencionar que las principales víctimas en este tipo de delitos de trata de personas no son nacionales del espacio europeo sino que vienen de países con mayor desigualdad y menor desarrollo económico.

4. Excurso sobre los fundamentos de imputación penal

4.1. El sentido comunicativo de los roles sociales

Previamente a estudiar la relevante funcionalidad de los roles sociales, se debe indicar que ésta encuentra su punto de partida en la moderna teoría del «funcionalismo sistémico-normativo» de JAKOBS, que a su vez se nutre o toma como referencia la teoría de los «sistemas sociales» de LUHMANN⁶⁹⁸, la cual parte de determinados presupuestos para elaborar dicha teoría, que pueden resumirse en los siguientes puntos: alcance de generalidad e interdisciplinariedad; reconocimiento de la complejidad social, que sólo puede reducirse a través de un aumento de la complejidad; adopción de un concepto de sistema social que englobe las características, la diferencia y la contingencia⁶⁹⁹.

697 Citado por BONET ESTEVA, Margarita, *La víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto)*, McGraw-Hill. Monografía, Madrid, 1999, p. 227.

698 LUHMANN, Niklas, *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, Ediciones Paidós, Barcelona, 1997, *passim*. / LUHMANN, Niklas, *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*, Anthropos, México D. F., 1997, *passim*. / LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales. Lineamientos para un teoría general*, Anthropos, México D. F., 1998, *passim*.

699 POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho penal*, Editorial Porrúa, México D. F., 2001, p. 24. / La teoría sistemática, contribuye a reducir la complejidad, es tan «práctica» como los propios sistemas sociales que ella investiga. Así, el trabajo

Los sistemas sociales, entonces, no están integrados por acciones como sustrato básico y son una red de elementos relacionados que en su operación generan los mismos elementos que los constituyen. Pues bien, esa relación entre elementos en los sistemas sociales no puede ser sino la comunicación. La unidad básica de los sistemas sociales es la comunicación y, asimismo, su operación de base es la comunicación⁷⁰⁰. Y para que este proceso de comunicación tenga lugar es necesario que concurren tres componentes: 1) información, 2) notificación, 3) el acto de entender.

4.1.1. El sentido normativo del concepto de persona

Dentro de la referida interrelación que se presenta dentro de los sistemas sociales, se encuentra la persona, vista desde una perspectiva funcionalista, llega a construirse un concepto «funcional-normativo» de persona. En este sentido, de acuerdo con JAKOBS, el concepto de persona es un concepto autorreferente, autopoiético y funcional, integrante y constitutivo de la sociedad y que se define por la función que el sujeto desempeña en la sociedad, esto es, por el rol social que le es encomendado y que asume en la vida de interrelación: por ello, persona es quien, en el seno de un grupo social debe cumplir una tarea⁷⁰¹. Por tal motivo el concepto de persona es un concepto social y en consecuencia no puede definirse al margen de la sociedad y así como también de la norma⁷⁰². De la misma forma, «la persona, como puede observarse, no es algo dado por la naturaleza, sino que es una construcción social⁷⁰³. Dentro de esta construcción la formación del rol social equivale a la asignación sistémica de una función –dentro de la sociedad–. Cuando ello se verifica, cuando se forma el binomio que considera al elemento y la función que desempeña, el individuo, ahora como persona –calificación que se da en razón de su rol–, encuentra una ubicación dentro del sistema⁷⁰⁴.

teórico, y éste lo sabe se mueve en un plexo objetivo que viene de tal suerte determinado por el proceso en la complejidad de los sistemas sociales, que la evolución social brota de los rendimientos de los sistemas sociales mismos. Vid. HABERMAS, Jürgen, *La lógica de las Ciencias sociales*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 309.

700 PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal*, J. M^a. Bosch, Barcelona, 2005, p. 71.

701 POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Fundamentos dogmáticos*, op. cit., p. 34.

702 POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo normativo. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal*, CESCJUC, México D. F., 2014, p. 109.

703 JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad. Manuel Cancio Meliá y Fernando Feijóo Sánchez, Civitas, Madrid, 2003, p. 20.

704 PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación*, op. cit., p. 278.

Además de una construcción social, la persona es, en efecto, un concepto normativo. Ello quiere decir que no puede definirse el concepto de persona al margen del concepto de norma sino que éste presupuesto y el elemento fundamental de aquél. La norma es el compendio de expectativas sociales, un elemento aglutinador de los derechos de los ciudadanos. Pero también un mecanismo dinamizador de la conducta de los ciudadanos⁷⁰⁵. De esta forma, el concepto de persona queda delimitado por la dinámica «obligación/libertad», es decir, a través del esquema del «deber ser» (*sollen*) en relación con el libre espacio de arbitrio o libertad personal (*Freiraum*): la persona no actúa conforme al esquema individual de satisfacción e insatisfacción, sino conforme a un esquema de deber y espacio de libertad⁷⁰⁶.

La persona significa persona en derecho (*Rechtsperson*), en tanto se define en función del contenido de su personalidad: esto es, según el conjunto de derechos y deberes jurídicos que caracterizan dicha personalidad y que fijan la posición del sujeto en el mundo social. Ello significa tres cosas: 1) de un lado, que el concepto de persona es netamente jurídico, normativo, y no una categoría natural, prejurídica u ontológica; 2) de otro lado, que la noción de persona es una magnitud graduable: existirán conceptos más amplios y otros más angostos de persona en función del contenido de derechos y de obligaciones de que disponga el sujeto en cada momento concreto; 3) finalmente, que el concepto de persona también se puede delimitar ex negativo: si la persona gana en personalidad en tanto disponga de derechos y deberes, la ausencia de derechos y deberes menguará proporcionalmente el concepto de persona, hasta el punto de su reducción al máximo jurídico permisible⁷⁰⁷.

Por otra parte, bajo esta perspectiva, en contrapartida se encuentra el individuo que jamás forma parte de la sociedad sino es como persona. En consecuencia, la persona es el rol más básico que se asigna en la vida social, por tanto, es el rol que permite el acceso a la integración social con un mínimo de estructuración de expectativas⁷⁰⁸. En cierto sentido la sociedad recubre al individuo, para poder estructurarse frente a él. Este recubrimiento tiene dos dimensiones. La primera sería eminentemente social: la tipificación, asignación y comunicación de las expectativas que conforman el rol. La segunda es de carácter psicológico-social y coincide con el proceso de socialización, en ella se produce la incorporación del rol como sistema de

705 POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo normativo*, op. cit., p. 111.

706 POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Fundamentos dogmáticos*, op. cit., p. 35.

707 POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo normativo*, op. cit., p. 114.

708 PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación*, op. cit., p. 279.

expectativas orientadoras de conducta del portador del rol⁷⁰⁹. En síntesis, el concepto de persona es una construcción social, y la misma tiene determinados roles que están determinadas por las expectativas normativas, tiene también derechos y deberes jurídicos para con la sociedad.

4.1.2. El reconocimiento del rol social

Otra pauta para determinar la relevancia comunicativa de los roles sociales, es constituida por el reconocimiento del rol social, y en este sentido hemos de partir del reconocimiento de que los seres humanos se encuentran en el mundo social en función de portadores de un rol. Y en función de ese rol, a cada sujeto le corresponde administrar un determinado segmento de la realidad⁷¹⁰. El rol común tiene el contenido positivo de constituir a la persona en cuanto persona en Derecho; aunque aquí interesa más el lado negativo, es decir, el deber de no lesionar a otros. Este deber no está dirigido hacia la configuración de un mundo común, sino que simplemente su finalidad es una separación de las distintas esferas: «no lesiones al otro, puesto que también es participe del ordenamiento jurídico, déjale en paz». Ciertamente, con ocasión del comportamiento propio solo puede dejarse en paz a alguien cuya presencia se percibe cuando se puede producir una colisión con él. En esta medida, debe tenerse en cuenta que no se vive solo, sino junto al otro en un mismo mundo. Pero en este mundo para el derecho, basta con distanciarse de los demás; no es necesario llevar a cabo configuraciones comunes⁷¹¹.

Por rol entiende LUHMANN el haz de expectativas cuya extensión se delimita por el hecho de que, aun siendo actuadas por una persona, no están coligadas establemente a determinados hombres, sino que pueden ser asumidas por diversos sujetos intercambiables y ocupan siempre una parcela del actuar de una persona concreta. Podría decirse que son, en cierta medida, más abstractos, pero también más concretos que las personas⁷¹². Y persona a su vez significa tener que representar un

709 PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación*, op. cit., p. 282.

710 POLAINO-ORTS, Miguel, «Delitos tributarios e imputación objetiva. Reflexiones al hilo del art. 15 de la ley penal tributaria argentina», en KINDHÄUSER, Urs / POLAINO-ORTS, Miguel, *Normativismo en Derecho penal. Estudios de dogmática jurídico penal*, ConTexto, Resistencia-Chaco, Argentina, 2011, p. 280.

711 JAKOBS, Günther, *Imputación objetiva en el Derecho penal*, trad. Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 1996, p. 147.

712 GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar, *El Derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, J. M^a. Bosch, Barcelona, 1993, p. 217.

papel –dentro de la sociedad–. Persona es la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de la subjetividad de su portador, sino que es una representación de una competencia socialmente comprensible⁷¹³.

Por lo tanto, el rol es algo normativo y no arbitrario, es la más oficial representación de las expectativas sociales. En el rol se condensan y se hace efectiva la institucionalización de las expectativas sociales establecidas en la norma, conforme a un parámetro de división social en función de los diversos ámbitos de competencia. El sujeto que adecuando su comportamiento a su rol, cumple la norma está comunicando el mensaje de que, en lo que a él respecta, pueden los demás ciudadanos y la Sociedad en su conjunto confiar plenamente⁷¹⁴. La incorporación del rol social como una estructura delimitadora de la intervención penal es un logro evolutivo que podría no haber tenido lugar. En otros términos, se trata de una estructura re-valorada por el sistema jurídico, tomada de la operación general del sistema social del que forma parte e incorpora su operación juego de la asignación de una función (en lo que aquí interesa, de limitación)⁷¹⁵.

Entonces, el punto de partida en el mundo social es, pues, el reconocimiento del rol de cada uno: es decir de la función que desempeña cada persona en la vida o para determinar qué etiqueta tiene colocada en la solapa. Y, sobre la base de este reconocimiento, ya podremos saber a quién se podría responsabilizar de algún hecho delictivo⁷¹⁶. De lo anterior se desprende una idea básica: el rol identifica a cada sujeto en el mundo social, sí, pero también sirve para que los demás ciudadanos sepan a qué atenerse. Esto significa que el rol social no es algo que solo sirve para el titular del mismo, sino que sirve también para los demás⁷¹⁷.

En consecuencia, todo rol se compone de manera imprescindible de un aspecto formal y de un aspecto material: el haz de derechos y deberes convencionalmente asociados a este rol. Y esa dual estructura (formal-material) sienta las bases de la

713 JACOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Civitas, Madrid, 1996, p. 50-51.

714 POLAINO-ORTS, Miguel, «Delitos tributarios e imputación objetiva», op. cit., p. 285. / *Id.*, en el mismo sentido, CARO JOHN, José Antonio / POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal funcionalista*, op. cit., p. 70.

715 PISA PACHECO, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación*, op. cit., p. 348.

716 CARO JOHN, José Antonio / POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales*, Financs Edison, México D. F., 2009, p. 64.

717 CARO JOHN, José Antonio / POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal funcionalista*, op. cit., p. 65.

comunicación social, para la interrelación de los seres humanos en el mundo social⁷¹⁸. De esta manera, el rol se convierte en un delimitador de las esferas competenciales, esto en razón de que define la posición que cada sujeto cumple en el mundo social, y además pinta, delimita, da la medida de su propia esfera competencia. En función de los derechos y deberes que definan un rol, el titular del mismo será responsable de una gestión adecuada al rol o infractora de él, porque en esta esfera el titular del rol viene obligado a hacer algo, esto es, ostenta la competencia para gestionar un determinado ámbito de organización⁷¹⁹.

Respecto a los conocimientos especiales, JAKOBS critica dicho correctivo al considerar que «el conocimiento del que el Derecho nada espera no puede ser indicativo de la infidelidad al Derecho, tal como sucede en el caso de los conocimientos especiales o del conocimiento basado en un escrúpulo excesivo, al menos en todo caso en tanto el Derecho no deba transformarse en una institución total»⁷²⁰. Esto se deriva de la propia configuración de la imputación objetiva como juicio para la imputación de las desviaciones de las expectativas referidas al portador de un rol, de tal modo que será el rol y desde luego no el sujeto como ser natural en concreto el que, al situar al sujeto en la sociedad, ofrezca la medida de la propia responsabilidad y sirva, de esta manera, para definir el injusto penal⁷²¹.

Para MIRÓ LLINARES, la teoría del rol propuesta por JAKOBS partiría en realidad de una acción personal y en todo caso el conocimiento ya formaría parte del hecho. Quizás, lo que quiere apartar JAKOBS de la valoración del injusto, es la perspectiva subjetiva en el sentido de perspectiva individual o personal, es decir, la valoración que hace el autor de su propio hecho, así como la intención y la causalidad como elementos esenciales de la valoración del hecho⁷²².

Cabría entender que MIRÓ LLINARES considera que la concepción funcionalista de imputación no sólo posibilita, sino que exige la separación conceptual entre

718 CARO JOHN, José Antonio / POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal funcionalista*, op. cit., p. 66.

719 CARO JOHN, José Antonio / POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal funcionalista*, op. cit., p. 68.

720 MIRÓ LLINARES, Fernando / POLAINO-ORTS, Miguel, *La imputación penal a debate. Una confrontación entre la doctrina de la imputación kantiana y la imputación objetiva de Jakobs*, Ara Editores, Lima, 2010, pp. 30-31.

721 MIRÓ LLINARES, Fernando / POLAINO-ORTS, Miguel, *La imputación penal a debate*, op. cit., p. 31.

722 MIRÓ LLINARES, Fernando / POLAINO-ORTS, Miguel, *La imputación penal a debate*, op. cit., p. 32.

persona y conocimiento o, en otras palabras, la atribución de un sentido en el tipo objetivo sin valorar el conocimiento del sujeto⁷²³.

Ahora bien, como apunta POLAINO-ORTS, el sentido es inseparable del hecho, también la persona y concretamente: la persona en Derecho (no la persona como sistema psicofísico natural) es inseparable del conocimiento. De este modo, la persona desempeña un rol en el mundo social, y el rol es el elemento complejo que reúne un aspecto formal externo y un aspecto material interno. Por tanto, el objeto de imputación es la desviación del rol. Pues bien, en el seno del rol se incorporan derechos y deberes, y lógicamente nada obsta, sino todo lo contrario, que determinados conocimientos se vean revestidos de la condición de deber. En consecuencia, dichos conocimientos normativizados, que pierden su condición subjetiva y que se revisten como deber estandarizado un objetivado, son también, claro está, objeto idóneo de imputación si debiendo cumplirse se infringen⁷²⁴.

Es evidente que la función del rol no sólo se refiere a la individualización de los destinatarios de expectativas sociales sino que, por el contrario, se trata de una estructura que delimita contornos de toda imputación. Esto produce que aunque comparte el carácter de estructura de legitimidad material, goce de una peculiaridad que la ubica sobre el resto de dichas estructuras⁷²⁵.

En lo que aquí interesa, la pregunta acerca de los diferentes «roles» con los que se interactúa en la vida social emana de la necesidad de determinar cuándo nos encontramos frente a una conducta que produce perturbación social. En términos prácticos, por una parte, la estructuración social permite afirmar que hay determinadas funciones que corresponden a algunos y no a otros, de modo que el desempeño de tales funciones por quienes ostentan las características exigidas, se estima perturbador⁷²⁶. Se puede deducir que el rol cuya observación garantiza el Derecho penal es el de ciudadano fiel a Derecho; es decir, el de la persona en Derecho⁷²⁷.

723 POLAINO-ORTS, Miguel, «Las cuatro caras de la imputación penal. Anotaciones críticas al concepto kantiano de imputación desde una perspectiva funcionalista», en MIRÓ LLINARÉS, Fernando / POLAINO-ORTS, Miguel, *La imputación penal a debate. Una confrontación entre la doctrina de la imputación kantiana y la imputación objetiva en Jakobs*, Ara Editoriales, Lima, 2010, p. 68.

724 POLAINO-ORTS, Miguel, «Las cuatro caras de la imputación penal», op. cit., p. 68.

725 PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación*, op. cit., p. 347.

726 PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación*, op. cit., p. 351.

727 JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona*, op. cit., p. 64.

4.1.3. Tipos de roles

Hasta ahora hemos visto que a cada sujeto le corresponde una función en la sociedad, y a su vez, esa posición viene determinada por su rol, es decir, el rol que desempeña cada sujeto en el mundo. De este planteamiento se podría extraer una consecuencia errónea, a saber: que a cada sujeto le corresponde un rol. Nada más alejado de la realidad. Lo cierto es que, por lo general, los seres humanos desempeñan en el mundo dos o más roles simultáneamente, o al menos que cada sujeto tiene dos o tres máscaras que puede usar indistintamente, dos o tres etiquetas que puede ponerse sobre la solapa una junta a la otra. Por ejemplo, nada impide que un magistrado sea al mismo tiempo padre de familia, o que en un sujeto concurren el rol de taxista y el de presidente de comunidad de vecinos⁷²⁸. Dicho todo esto, existen dos tipos de roles que puede desempeñar un sujeto. Por una parte, el rol general –o común– de persona, cuyo contenido está dado por el deber negativo de «no dañar a otros» y por otra parte, tenemos ciertos roles especiales⁷²⁹.

4.1.3.1. Rol común

El rol común es aquel que afecta a todo sujeto en la sociedad: así, puede citarse el rol de pagar a hacienda, o el rol de socorrer a quien se halla desamparado y en situación de peligro, pudiendo hacerlo sin riesgo propio ni de tercero. Se trata de un rol de solidaridad mínima, que afecta a todo ciudadano que se encuentre en el mundo social, sin distinciones de ningún tipo⁷³⁰. El rol común tiene el contenido positivo de constituir a la persona en cuanto a persona en Derecho; pero aquí interesa más el lado negativo.

Existe un rol social que enlaza a todos los demás roles, que les sirve de sustento y que los informa: el rol de persona. En el plano de las fuentes, resulta extremadamente difícil distinguir de donde emanan unos y otros roles. Afirmar que emanan de los sistemas sociales en los que participa resulta muy difícil respecto de los roles específicos que desempeña una persona (gerente, socio de un club deportivo, miembro de un partido político, etc.), pero no ayuda mucho determinar de dónde se obtiene

728 POLAINO-ORTS, Miguel, «Imputación funcionalista» en KINDHÄUSER, Urs / POLAINO-ORTS, Miguel / CORCINO BARRUETA, Fernando, *Imputación normativa. Aspectos objetivo y subjetivo de la imputación penal*, ConTexto, Resistencia-Chaco, Argentina, 2011, p. 17.

729 PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación*, op. cit., p. 414.

730 POLAINO-ORTS, Miguel, «Las cuatro caras de la imputación penal. Acotaciones críticas al concepto kantiano de imputación desde una perspectiva funcionalista», en MIRÓ LLINARES, Fernando / POLAINO-ORTS, Miguel, *La imputación penal a debate*, op. cit., p. 79.

esa construcción normativa que es el propio concepto de persona. En cualquier caso cada sistema social volverá según su propia operación sobre el concepto de persona delimitándolo según sus propias normas⁷³¹.

Es por ello por lo que la diferenciación del rol de persona, en la sociedad en que se reconoce la libertad, si bien muy difícil de precisar en términos positivos, puede caracterizarse por una expectativa básica que se le dirige en términos negativos: «ejerce tu libertad sin dañar a otros». La conclusión de que es preciso evitar dañar a otros al ejercer la libertad no se explica como un logro evolutivo autónomo. La propia libertad es el logro evolutivo, mientras que la prohibición de dañar con su ejercicio es requisito de existencia de dicha libertad. En otros términos, no ocurre que primero se haya llegado al reconocimiento de la libertad y luego se haya diferenciado una prohibición de dañar, ambas forman parte de un mismo sinalagma: no existe libertad sin responsabilidad⁷³².

Ahora bien, existe la libertad de organización, pero como contrapartida a la misma –y dentro de esa libertad de organización– hemos de cuidar de que nuestro ámbito de organización no dañe esferas jurídicas ajenas. La expectativa siempre es la misma, por cuanto se espera que mediante la regulación normativa cada ciudadano se comporte de acuerdo con esos límites, es decir, reconociendo y observando el Derecho como generador de expectativas. Cabe aclarar al respecto, de conformidad con lo expresado por SÁNCHEZ-VERA, que la defraudación puede ser externamente no igual: algunas veces se produce por omisión, otras por acción. Pero una tal desigualdad tan sólo exterior de la clase de defraudación no es relevante: en ambos casos las expectativas no son satisfechas⁷³³.

Con la diferencia de esta estructura (el rol persona) se hace frente a la doble contingencia. Es preciso poder ver a una persona en cada portador de un rol, que administra su ámbito de organización según estándares generalizados y razonablemente esperados. Sólo entonces es posible estructurar la propia conducta, cuando se sabe que la desviación por parte del «alter» de esos estándares lo conducirá a la responsabilidad y se espera de ello algún tipo de motivación⁷³⁴.

731 PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rel social y sistema de imputación*, op. cit., p. 292.

732 PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rel social y sistema de imputación*, op. cit., pp. 292-293.

733 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRILLAS, Javier, «Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte», en *ADPCP*, tomo XLVIII, fasc. I, 1995, p. 207.

734 PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rel social y sistema de imputación*, op. cit., p. 293.

4.1.3.2. Roles especiales

En la responsabilidad por la defraudación de las expectativas del rol especial, es preciso tener presente que el hecho de que un sujeto desempeñe un gran número de roles, no implica que haya de desempeñarlos todo el tiempo. La conducta conforme o disconforme a las expectativas del rol, ha de juzgarse conforme al rol que actualmente se está desempeñando. Sólo así cobra relevancia para dicha responsabilidad que los acontecimientos tengan lugar cuando el policía no está de servicio, el médico está de vacaciones, o el salvavidas ha terminado su jornada de trabajo. Los roles no operan, en este sentido, como un cúmulo de expectativas indelebles que deban asociarse a un determinado sujeto, en términos de responsabilidad⁷³⁵.

Así, los roles especiales son los que obligan únicamente a aquellos sujetos que se encuentren en una posición singular, concreta, determinada, que les distingue y les individualiza frente al resto de los ciudadanos: por ejemplo, el rol de funcionario público, el rol de padre, etc. Por ello, de tales roles no surgen deberes de solidaridad mínima, sino deberes de garante, porque generan una incumbencia similar, específica a la que únicamente se puede llegar mediante la titularidad de un rol especial⁷³⁶.

En los delitos de infracción de deber, la cualificación especial del autor se basa en la existencia de una institución, en la que se encuentra inmersa el autor⁷³⁷. Ahora bien, el *quantum* con el que el determinado sujeto participa en los delitos de infracción de deber es irrelevante. En todo caso, se trata de garantizar la existencia de un bien jurídico ante cualquier peligro o, en su caso, ante algunos determinados, por lo que, no sería necesario tener en cuenta el *quantum*⁷³⁸. En consecuencia, el denominado «obligado especial, en lo referente al mantenimiento del bien, tiene que edificar un mundo en común con el beneficiario, es decir, ocuparse del bien como si fuese propio»⁷³⁹.

735 PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación*, op. cit., p. 295.

736 POLAINO-ORTS, Miguel, «Las cuatro caras de la imputación penal», op. cit., p. 79. / *Vid.*, Además, trascendental sobre este tema, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *El delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002, *passim*.

737 En una primera formulación JAKOBS mencionaba como instituciones la relación paterno-filial, el matrimonio, la confianza especial y los deberes genuinamente estatales. Pero más tarde ha reducido la lista, al suprimir de la misma la institución matrimonial. *Vid.* SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *El delito de infracción de deber*, op. cit., p. 41.

738 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *El delito de infracción de deber*, op. cit., p. 41.

739 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *El delito de infracción de deber*, op. cit., pp. 41-42.

En suma, el rol común asiste a todo el mundo. El rol específico a determinadas personas. Pero aquellas a quienes incumbe un rol específico no por ello dejan de tener su rol común. Más bien, el rol especial presupone y trasciende el rol común, lo exige, pero va más allá. Otra cosa es, como se sancione la infracción del rol por parte de ese sujeto. A efectos de la «demanda social», esto es, de la retribución o castigo por infracción del rol, el rol especial prima sobre el general porque normalmente aquél ya incluye o presupone a éste: por ejemplo, el padre de familia que no alimenta al hijo menor que fallece a resultas de su inanición, no responde por un delito de omisión del deber de socorro, sino que responde por un delito que engloba a esa infracción de solidaridad mínima: el homicidio del niño, es decir, responde como si hubiera causado la muerte del niño activamente⁷⁴⁰.

4.2. Efecto del quebrantamiento de las expectativas normativas

Desde la perspectiva funcionalista normativa, se parte de la consideración de que la norma se erige como un criterio básico de todo el mundo social, y sirve de vehículo orientador de las relaciones entre ciudadanos, entre los integrantes de la estructura social. El triángulo «norma-persona-sociedad» es algo más que un hallazgo feliz por parte de la dogmática funcionalista. Constituye un trípode de trascendental importancia en la explicación de la dinámica de funcionamiento de los contactos sociales. Sin él, carece de sentido una explicación del mundo social basado en instituciones normativas y que señala a la persona como titular de derechos y deberes; esto es, se lo identifica como único interlocutor válido de la comunicación social, en otras palabras, como único receptor idóneo del mensaje normativo⁷⁴¹.

A partir de ese punto se produce un acuerdo normativo, ello quiere decir que existe una interacción mutua entre la sociedad y sus integrantes. Las personas, a diferencia de los individuos, participan en la estructura social en tanto portadores de un rol⁷⁴². Al formar parte de la estructura social, las personas en Derecho —éstas— adecúan su conducta conforme a las expectativas normativas, es decir, administran responsablemente el rol que le corresponde conforme a la norma. En ese esquema interactivo —sociedad y sus integrantes—, el contenido de la norma no es, ciertamente, uno de imperativismo ni de valorativismo. La norma no se limita a fundir de me-

740 POLAINO-ORTS, Miguel, «Imputación», op. cit., p. 18.

741 POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de la exigencia*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 225.

742 POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit. p. 237.

...nismo de transmisión de órdenes ni de imperativos mediante la consagración de prohibiciones, ni tampoco simplemente para valorar los bienes jurídicos de la persona o de la sociedad. El contenido normativo es algo que trasciende a ello, sobre la base de la comunicación personal: la norma viene a ser el marco en el que los ciudadanos respetuosos con el derecho pueden desempeñar con un mínimo de fiabilidad sus contactos sociales⁷⁴³.

Ahora bien, la posibilidad del quebrantamiento de la norma es, pues, un elemento esencial en la definición de norma jurídica. En primer lugar, antes se trata de dos cuestiones situadas en planos absolutamente distintos, el plano normativo y el naturalístico, es decir, la sociedad y el ambiente. Además, la posibilidad de que la norma jurídica prohíba un hecho de la naturaleza se corrobora como dato empírico. No existe sociedad sin criminalidad, esto es, sin infracción de la norma. No existe y no es innegable, salvo en escritos de ciencia-ficción y en utópicas visiones de una sociedad deseada. Toda sociedad implica un índice de criminalidad. La sociedad moderna no es concebible sin la infracción de las normas integrantes de su sistema⁷⁴⁴.

La norma jurídica no impone una determinada conducta, aunque intenta orientar la conducta de los ciudadanos conforme a un determinado canon. Ese canon social lo constituyen las expectativas. Éstas son, pues, orientadores de sentido. Las expectativas tienen, en consecuencia, la función de orientar de modo más estable posible la comunicación social, y ello frente a la complejidad y la contingencia del mundo⁷⁴⁵. Evidentemente, la contrapartida de la expectativa social es la infracción de la norma, esto es, la defraudación de la expectativa social. El sistema prevé, precisamente, dos medios o modos de vencer la defraudación de una expectativa tanto cognitiva como normativa⁷⁴⁶. Ambas clases tienen trascendencia para el derecho. En efecto, éste se integra de expectativas normativas –conducta fiel al Derecho–, pero las expectativas normativas requieren un esfuerzo cognitivo, de una expectativa cognitiva. Es trascendental la dinámica entre expectativas cognitivas y normativas. Y la

743 POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit. p. 239.

744 POLAINO NAVARRETE, Miguel, «Reflexiones sobre la norma jurídico-penal: estructura, naturaleza y funciones», en AA. VV., *Dogmática y Criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo: Homenaje de los grandes tratadistas a Alonso Reyes Echandía*, Legis Editores, Bogotá, 2005, p. 512.

745 POLAINO NAVARRETE, Miguel, «Reflexiones sobre la norma jurídico-penal», op. cit., p. 513.

746 POLAINO NAVARRETE, Miguel, «Reflexiones sobre la norma jurídico-penal», op. cit., p. 513.

función de la norma pena se reduce, en última instancia, garantizar la integridad de las expectativas sociales, que conforman la estructura de la sociedad⁷⁴⁷.

4.3. Configuración de la autoexclusión potestativa

Hasta ahora se han visto, tanto los roles de las personas y las consecuencias del quebrantamiento de las expectativas normativas, y ahora cabe recalcar que estas situaciones se presentan dentro de un Derecho penal del ciudadano, pero a pesar de que la persona haya cometido un delito el Estado aún mantiene la expectativa de que la persona adecuará su conducta conforme a Derecho. Ahora bien, situación distinta pasa con los sujetos que de manera permanente se mantienen al margen de la norma, a los que se denomina «enemigos» en sentido normativo. La exclusión de estos «enemigos» es, siempre una autoexclusión; siendo el propio individuo en ejercicio de su libertad de actuación, y de decidir si deja de brindar la seguridad mínima que se espera de todo ciudadano, oponiéndose con ésta actitud frontalmente a la norma⁷⁴⁸. Claro ejemplo se presenta con las organizaciones criminales y terroristas, por lo cual se tiene que aplicar un tratamiento distinto conforme al grado de peligrosidad que estos presentan para la sociedad.

Se puede mantener entonces que la conducta del enemigo es potestativa «teniendo así libertad de actuar como quiera, pero en todo caso –de manera consciente de sus actos– responde por su actuación (el principio de libertad tiene como contrapartida la responsabilidad por las consecuencias), en ese sentido la libertad de decisión, (por ejemplo, para asociarse con un fin delictivo, conformando un grupo terrorista o una organización criminal) inexorablemente va unida a la responsabilidad por esa actuación, de manera que si la libertad es potestativamente también lo es situarse en una posición de invasión de las esferas ajenas atentando contra el más básico deber cívico de personalidad. El sujeto que se asocia con un fin terrorista, o a una organización criminal, se autoexcluye voluntariamente dejando de prestar la mínima garantía cognitiva, pero también se introduce de manera voluntaria y consciente en una esfera en la que es combatido como enemigo. Subsumiendo entonces lo potestativo es su acto, pero también su autoconfiguración como enemigo»⁷⁴⁹.

747 POLAINO NAVARRETE, Miguel, «Reflexiones sobre la norma jurídico-penal», op. cit., p. 51.

748 JAKOBS, Günther / POLAINO-ORTS, Miguel, *Delitos de organización: un desafío al Estado*, op. cit., p. 136.

749 POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., p. 186. (nota al pie número 122). / Como ha señalado GARCÍA VALDÉS, «Hay que decir que los pretendidos responsables de

el caso del terrorismo su finalidad es la desestabilización del sistema democrático y que unos de los medios dirigidos a ese fin es el de propiciar el establecimiento de regímenes excepcionales⁷⁵⁰. Situación distinta a la que presenta de la organización criminal, ya que ésta tiene como fin el lucro económico.

En este punto, es necesario hacer hincapié en la aclaración que hace JAKOBS, sobre el Derecho penal del enemigo y del ciudadano, indicando que ambos son tipos ideales que difícilmente aparecerán llevados a la realidad de modo puro. En este sentido manifiesta que incluso el terrorista más alejado de la esfera ciudadana es tratado al menos formalmente como persona, al concedérsele en el proceso penal los Derechos de un acusado ciudadano⁷⁵¹. Podemos asimilar entonces, que dicha diferencia entre persona y enemigo no es tan antagónica y que pueden llegar a mezclarse cuando son extraídos a la aplicación práctica.

Como manifiesta con clara razón VAN WEEZEL, lo que ocurre –en el Derecho penal del enemigo– realmente es una «despersonalización», es decir, se trata de una modificación del segmento del hombre que interesa al ordenamiento jurídico⁷⁵². Cuando se habla de «despersonalización», se refiere a una parcela jurídica de la persona que es la que interesa al Derecho penal puesto que está mal administrada y en consecuencia pasa a ser heteroadministrada por el Estado el cual lo neutraliza.

Ahora bien, en el seno de la función social, las personas que se han de desempeñar –o desarrollar– en el sistema son libres de adecuar su comportamiento a la norma jurídica o rechazar el valor que ésta tiene como criterio rector de las relaciones sociales. Si se deciden por este último, es decir, si se oponen decididamente al valor simbólico (como expresión de sentido) que tienen las normas, entonces tal

este delito han de compartir en su totalidad los principios ideológicos esenciales de la banda, asumir plenamente sus planteamientos e identificarse, de manera completa, con los objetivos íntimos y finales del grupo terrorista, apoyándolos incondicional y materialmente, elemento siempre necesario para construir el tipo penal». Vid. GARCÍA VALDÉS, Carlos, «Tres temas penales de actualidad», en *REP*, nº 258, 2015, p. 12.

750 MESTRE DELGADO, Esteban, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, p. 86.

751 JAKOBS, Günther, *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., trad. Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 2006, p. 23.

752 VAN WEEZEL, Alex, «Persona como sujeto de imputación y dignidad humana», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Madrid, 2006, p. 1069. También ampliamente Vid. VAN WEEZEL, Alex, «Persona como sujeto de imputación y dignidad humana», en *Revista Derecho y Humanidades*, nº 16, vol. 1, 2010, pp. 69-79.

sujeto no sólo se decide por su autoexclusión voluntaria del sistema, sino que su propia despersonalización supone, ya, una grave alteración de las bases fundamentales del vivir comunitario: el del respeto a los demás conciudadanos como personas en Derecho⁷⁵³.

En este sentido, quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas⁷⁵⁴. El enemigo se define como se manifestó, porque no presta seguridad cognitiva, y a esta definición se llega según la experiencia (observación), después de que ello ocurre en los siguientes supuestos, mencionándose los supuestos en que realmente, *hic et nunc*, el sujeto es tratado normativamente como enemigo porque presenta un déficit de seguridad cognitiva⁷⁵⁵.

A modo de breve conclusión, podemos decir que el sujeto que desvía su conducta de manera continuada y permanente está en la libertad potestativa de tomar la decisión «consciente» de autoexcluirse del sistema —manifestando ésta voluntad con su comportamiento—, constituye una muestra clara del desconocimiento intencional y frontal que hace a la norma, derivando esta actitud, con una lógica respuesta de la norma, porque al desconocer la vigencia de la norma y desarrollarse de manera duradera al margen del sistema social, llegaría a constituir un foco de peligro latente por la predisposición e intencionalidad manifiesta de cometer delitos, contra la paz y seguridad pública, en contraposición para procurar la vigencia de la norma se lo considera como enemigo en sentido normativo.

753 POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit. p. 187.

754 JAKOBS, Günther, *Derecho penal del*, op. cit., p. 47.

755 POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit. p. 170. / En el caso de la ley anti-terrorisma, MESTRE DELGADO muestra su disconformidad en relación a una flexibilización de las garantías constitucionales, indicando lo siguiente: «Debe afirmarse rotundamente que, frente a la paradoja de prescindir de la democracia con el fin de defenderla, la legislación antiterrorista del Estado democrático ha de ceñirse estrictamente al marco constitucional, suprimiendo todas las medidas que la hagan perder legitimidad democrática, ya que la democracia sólo se defiende con democracia». Vid. MESTRE DELGADO, Esteban, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, p. 86.

TERCERA LECTURA

Requejo Conde, C. (2021). *Tipologías de las estructuras organizativas*. Requejo Conde, C. Aspecto básico del delito de organización y grupo criminal España. Editorial Aranzadi, pp. 71-129.

En una confluencia en el concepto de organización criminal y de organización terrorista que la jurisprudencia había ido construyendo a partir del de asociación ilícita, mediante las notas de proyección política, amenaza masiva e indiscriminada, y estructura emergente, el concepto de organización criminal se desvincula de los dos primeros, pero mantiene el tercero.

PROF.^a DR.^a CARMEN REQUEJO CONDE

Departamento de Derecho penal y Ciencias
criminales de la Universidad de Sevilla

ASPECTOS BÁSICOS DEL DELITO DE ORGANIZACIÓN Y GRUPO CRIMINAL

Los diez años de su tipificación en
el Código Penal español

THOMSON REUTERS
ARANZADI

Primera edición, 2020



THOMSON REUTERS PROVIEW eBooks
Incluye versión en digital

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2020 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Prof.^a Dr.^a Carmen Requejo Conde]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)
ISBN: 978-84-1345-242-5
DL NA 1037-2020

Printed in Spain. Impreso en España
Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 - Pamplona

Tipologías de las estructuras organizativas

1. ORGANIZACIÓN CRIMINAL Y ASOCIACIONES ILÍCITAS

Con la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del código penal, se pasó de una doble a una triple vía de represión en la lucha contra la criminalidad organizada: se mantenía el delito de asociación ilícita (art. 515), se introducía *ex novo* el delito de pertenencia a organización y grupo criminal (arts. 570 bis y ter), y se modificaba, ampliando, la regulación del delito de organización o grupo terrorista (arts. 571–572)¹. En una confluencia en el concepto de organización criminal y de organización terrorista que la jurisprudencia había ido construyendo a partir del de asociación ilícita, mediante las notas de proyección política, amenaza masiva e indiscriminada, y estructura emergente (permanente y diversificada), el concepto de organización criminal se desvincula de los dos

1. En el delito de terrorismo ya se contaban con tipos penales de creación y pertenencia a grupos o bandas armadas con la finalidad de alterar la paz pública o subvertir el orden constitucional, o, tras la reforma de 2015, desestabilizar el funcionamiento de una organización internacional, o provocar un clima de terror en la población. Pero a diferencia de los arts. 570 bis y 570 ter, en el art. 572 no se contempla distinción alguna en la pena entre organización y grupo terrorista, aunque sí se tipifica expresamente la incitación a la incorporación al grupo u organización terrorista (art. 577.2) y los actos previos de ejecución (art. 579 bis 3).

Algunos autores proponen mantener la definición auténtica del delito de asociación ilícita, o bien seleccionar tipos cualificados según gravedad de las áreas delictivas con un efecto preventivo inhibitorio, aplicando una pena más grave, pero derogando el de asociación ilícita (GONZÁLEZ RUS, “La criminalidad organizada en el Código Penal Español. Propuestas de reforma”, *Anales de Derecho*, Número 30, 2012, <http://dx.doi.org/10.6018/analesderecho>, pp. 23–24), o acudir al principio de oportunidad más que de legalidad en ciertos ámbitos de la criminalidad organizada (BERDUGO DE LA TORRE), en BOCANEGRA MÁRQUEZ, “La doble vía del castigo de la pertenencia a organización criminal: los delitos de organización y grupo criminal y los tipos cualificados”, en *Revista Pensamiento penal*, 2010, pp. 6–7.

primeros, pero mantiene el tercero, aun cuando el segundo de ellos, empleo de violencia o intimidación, esté presente en la mayoría de ellas. Además, mientras la organización terrorista buscaría la notoriedad, la creación de un clima de terror y alarma en la ciudadanía, ahondada por los medios de comunicación, y sería además inconstante, con una finalidad de subversión política, la criminalidad organizada perseguiría en cambio la clandestinidad, la sistemática, y la regularidad en su funcionamiento delictivo, junto a una finalidad fundamentalmente económica y de alianzas con el poder político.

El Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010 indicaba al respecto que, en relación al bien jurídico, controvertido, la criminalidad organizada atentaría "contra la democracia", porque cuantitativamente supone una potenciación lesiva de las actividades delictivas cometidas en su seno o a su través, y cualitativamente porque generan instrumentos para conseguir la impunidad de la organización o de sus miembros, dando falsa apariencia de legalidad, alterando el funcionamiento de los mercados, y la gestión y capacidad de acción del Estado, lo que supone una afectación de personas concretas, las víctimas de los delitos cometidos por la organización. Para algunos autores², el crimen organizado tampoco "debe quedar reservado a la forma superior de asociación", sino a cada gradación dentro de la delincuencia organizada corresponder diferente tratamiento jurídico penal, pues "por definición, toda delincuencia organizada es una forma de asociación ilícita, pero no a la contra", en tanto aquella es una especial tipología de ésta, y por tanto entre ambos delitos debe existir un concurso de normas que debiera resolverse por el principio de especialidad. El art. 515.1 dispone que las asociaciones ilícitas son aquéllas "que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión".

2. PAÍNO RODRÍGUEZ, cit. p. 31. También FARALDO CABANA, "Cuestiones concursales en los delitos de organización o grupo criminal", en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ / BALLESTEROS SÁNCHEZ, cit.: "la organización criminal no es un plus respecto de la asociación ilícita, de la cual constituiría una especie", p. 515; ABOSO: Trata de personas: La criminalidad organizada en la explotación laboral y sexual, cit. pp. 38 ss.; CABRERA RODRÍGUEZ, op. cit. p. 7, en palabras de CORTEJOSO, GIMÉNEZ-SALINAS, GAMA Y VILLORIA, el crimen organizado designa una forma superior de asociación criminal; MARTÍNEZ GARAY, citando a SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, en "El nuevo delito de pertenencia a 'organizaciones y grupos criminales' (art. 385 bis) en el proyecto de reforma del Código Penal", en Revista General de Derecho penal, cit. epígrafe II.3: "la relación entre esta idea en SANTA RITA TAMÉS, El delito de organización terrorista: un modelo de Derecho penal del enemigo. Análisis desde la perspectiva del Derecho penal del enemigo, cit. pp. 195 ss.

Sus notas características son las siguientes: a) pluralidad de personas b) Estructura y organización c) Permanencia como acuerdo duradero y no transitorio³ d) Finalidad delictiva (cuando se trate de las asociaciones del art. 515.1⁴), lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a una precisión total o especialización, más propia ésta de la organización criminal e) La asociación ilícita puede tener una forma jurídica que se desvíe después hacia una finalidad ilícita, o bien tenerla desde su origen, frente a la organización criminal, que, indica el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, tiene una naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva, carente de forma jurídica, o, si la tiene, lo es sólo con un propósito criminal, que le permita ocultarse o fingir su verdadera naturaleza. Ello hace que la asociación ilícita pueda simultanear actividades lícitas y otras ilícitas (originarias o sobrevenidas), y en cambio la organización criminal tenga como fin exclusivo la perpetración de delitos utilizando para ello la forma jurídica de manera puramente instrumental (art. 66 bis 2.^ab)⁵.

Pluralidad de personas, organización, permanencia y finalidad delictiva, son, pues, notas distintivas comunes a ambos tipos penales, asociaciones ilícitas y organizaciones criminales. Sin embargo, desde el punto de vista histórico, el delito de asociación ilícita, tipificado por vez primera en el Código Napoleónico de 1810, sirvió para perseguir a las agrupaciones que se oponían al Estado y a sus detractores políticos⁶. Y desde el

3. Aun cuando existen autores, como CÓRDOBA MORENO, que mantienen que las asociaciones "carecen de continuidad en el tiempo o su duración es escasa", en "¿Son las bandas latinas en España crimen organizado?", en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ/ BALLESTEROS SÁNCHEZ, cit., p. 172.

4. Aunque sea para un solo delito ("cometer algún delito"), lo que no es suficiente para la organización criminal, ibídem, p. 173.

5. La Ley Orgánica 5/2010 reconocía así la incapacidad del delito de asociación ilícita "para responder adecuadamente a los diferentes supuestos de agrupaciones y organizaciones criminales", y que "las organizaciones y grupos criminales no son realmente 'asociaciones' que delinquen, sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva, carentes en muchos casos de forma o apariencia jurídica alguna, o dotadas de tal apariencia con el exclusivo propósito de ocultar su actividad y buscar su impunidad".

La utilización instrumental de la persona jurídica para la comisión de delitos, cuando el volumen de actividad legal sea menos relevante que el de actividad ilegal, es condición necesaria para imponer la sanción de pérdida definitiva de personalidad jurídica (también art. 31 quinquies 2).

6. Así aparecía en el Código penal de 1822, donde junto a la criminalidad común "de las cuadrillas de malhechores, y de los que roban caudales públicos o interceptan correos, o hacen daños en bienes o efectos pertenecientes al Estado o al común de los pueblos", o hacen daños en bienes o efectos pertenecientes al Estado o al común de los pueblos", se perseguía la criminalidad "de las facciones y parcialidades, y de las confederaciones y reuniones prohibidas" (art. 315), castigándose a las organizaciones criminales

punto de vista sistemático, las organizaciones criminales se encuentran dentro de los delitos contra el orden público, mientras que las asociaciones ilícitas lo están dentro del Título de "*Delitos contra la Constitución*", en el capítulo "*De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas*", esto es, atentaría contra el derecho de asociación (art. 22 de la Constitución), lo que en realidad, desde el punto de vista práctico, puede no aportar mucho a la hora de distinguir un delito del otro, pero es un criterio que sigue siendo resaltado por la jurisprudencia, la conculcación del derecho de asociación en el delito de asociación ilícita como bien jurídico lesionado (STS de 22 de junio de 2017)⁷.

El problema residía, advertía la doctrina⁸, en que no existiendo hasta 2010 ningún otro tipo penal para hacer frente a la criminalidad

(*"cuadrillas de malhechores"* –arts. 338 ss.–) y a las asociaciones que no siendo propiamente criminales perseguían "*cualquier otro objeto contra el orden público*", contrarias o alejadas de los objetivos del Estado. Se castigaba a los que, por emulación, rivalidad, odio, ambición, avaricia, o espíritu de venganza o de partido celebraren entre sí algún concierto para armarse o hacer que otros se armen contra personas o cosas, para conseguir por la fuerza que domine alguna facción, o para lograr con igual violencia cualquier otro objeto contra el orden público, castigándose específicamente a los promotores y autores principales del concierto. Concierto que incluía la perpetración de cualquier otro delito, sobre todo rebelión o sedición. Mientras, la cuadrilla de malhechores la constituía toda reunión o asociación de cuatro o más personas mancomunadas para cometer juntas o separadamente, pero de común acuerdo, delitos contra las personas o propiedades, públicas o de particulares, mencionándose expresamente también a los autores, jefes, directores o promotores. Se castigaba con la pena de reclusión, sin perjuicio de que, se decía, sean castigados además con las respectivas al delito que cometieren. Incluso ello se producía, salvo cuando la ley impusiera a este delito un aumento determinado de pena por razón de la cuadrilla. Y que, además, si pasaren de cuarenta individuos los que componían la cuadrilla, se aplicarían penas de trabajos perpetuos. Encontramos así paralelismos con la actual regulación de la organización criminal, que sea un delito contra el orden público, distintos títulos de participación en la cuadrilla, delitos comunes que incorporaban la agravante de cuadrilla, aunque también diferencias, la norma vigente ya no salva el concurso (ideal) entre ambos delitos de manera expresa, ni se indica un número concreto de integrantes en el vigente subtipo agravado por el elevado número.

Estos delitos desaparecían en los códigos penales de 1848 y 1870; en éste se tipificarían las asociaciones ilícitas (las que tengan por objeto cometer delitos, art. 198), que se mantendrían en el código penal de 1932 (art. 185), y en el código penal de 1973 (art. 172); en aquél, el de 1848, las asociaciones penadas eran las denominadas secretas (art. 202). La cuadrilla pasaría a ser una agravante genérica en el código penal de 1973 (art. 10), de más de tres malhechores armados, aun cuando algunos delitos la incorporaban como elemento, por ejemplo, el robo (art. 502), o los daños (art. 558).

7. Una perversión o uso ilícito del derecho fundamental de asociación. También véase ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, "*Tratamiento jurídico penal de las sociedades instrumentales*", en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ / BALLESTEROS SÁNCHEZ, cit., p. 237 s.
8. LUZÓN CÁNOVAS, op. cit. epígrafe III.

organizada que el de la asociación ilícita, ésta amplió sus contornos pasando a ser una especie de “cajón de sastre”, “residual” y “de vocación generalista”, incluso para cuando ya en vigor el nuevo delito, se tratasen de hechos cometidos antes de su entrada en vigor⁹. Pero una vez tipificada la organización criminal con la reforma penal de 2010, debía aquella redefinirse y limitar sus contornos a las asociaciones cuyo objeto sea la comisión de algún delito o cuyos fines se desvirtúen para después de constituidas promover su comisión, quedando fuera de estos límites aquellas otras figuras no asociativas. Criterio que resultaba insuficiente cuando el mismo Preámbulo de la Ley Orgánica permitía considerar la existencia de organizaciones criminales “*de forma o apariencia jurídica*”, por lo que, o bien se podría privilegiar a aquellos delincuentes que habían tenido la precaución de constituirse como asociación, dada la menor penalidad que en general establece el art. 517 respecto del art. 570 bis, o bien que, teniendo en cuenta la cláusula concursal del art. 570 quáter¹⁰, se pudiese dejar vacío de contenido el art. 515.1. Para evitarlo, habría que atender, partiendo de su origen histórico, a la naturaleza de los delitos promovidos por la asociación, circunscribiéndolos a los delitos en donde el fin u objetivo último no sea la obtención de un lucro ilícito, sino la subversión política, como pueden ser los delitos contra la Constitución, si existe una extralimitación del derecho de asociación¹¹, reservando para las organizaciones criminales aquel tipo de delincuencia más grave capaz de desestabilizar la propia democracia.

También la jurisprudencia¹² había venido exigiendo como requisitos de la organización o asociación una serie de elementos que coinciden

9. STS de 22 de junio de 2017, en relación a una estafa por “cartas nigerianas”, asociación de cincuenta personas.
10. Como hace el Auto del Juzgado de Instrucción de la Audiencia Nacional de 29 de octubre de 2014 (trama Púnica), o el de 28 de mayo de 2015 (caja B del Partido Popular, aunque aplicando ambos delitos a la vez), ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “*Tratamiento jurídico penal de las sociedades instrumentales*”, cit., p. 239.
11. LÓPEZ-MUÑOZ, cit. p. 43, p. 54, incluyendo bajo su concepto a organizaciones paramilitares, grupúsculos ideológicos, tribus urbanas y pandillismo violento, pasando de ahí a aplicarse después a agrupaciones de delincuentes violentos que se concertaban sólo para delinquir; PARDÓ GEIJO RUIZ: “*De la delincuencia organizada (organización versus grupo) frente a la codelincuencia. Sobre la categoría residual de asociación ilícita*”, en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/13828> (visionado 23.03.2020): “*su interpretación ha de verse reconducida a su ámbito propio, es decir, como contrapartida al derecho de asociación*”.
12. Una evolución del concepto de organización en la jurisprudencia en LÓPEZ-MUÑOZ, cit. pp. 75 ss., distinguiendo (p. 78) entre concepto de organización

básicamente con los que definen el concepto de organización criminal que contiene ahora el Código penal, a saber, estructura jerárquica más o menos formalizada o rígida, distribución diferenciada de tareas o reparto de funciones, coordinación, estabilidad, pluralidad de personas previamente concertadas, comisión de delitos con una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar, y en definitiva un proyecto criminal que pudiese subsistir independiente de la actuación individual de cada uno de los partícipes, lo que permitía hablar de empresa criminal. Igualmente, había entendido que no era necesaria la permanencia de la organización ni una determinada estabilidad temporal, pero sí una *"cierta vocación de continuidad, que permitiera apreciarla en el caso de asociaciones temporales siempre que lo fuesen para algo más que la mera ejecución de una concreta operación delictiva"* (STS de 8 de mayo de 2009 y SAN de 17 de febrero de 2012). Por tanto, bastaría una *"mínima permanencia"* que permitiese distinguir además las asociaciones transitorias de la codelincuencia. Y ésta sería la única diferencia con las organizaciones criminales, ya que, según reiterada jurisprudencia, los requisitos de la asociación serían, por lo demás, los mismos¹³.

Pero además, según el art. 515, la asociación ilícita no sólo se comete cuando exista una finalidad inicialmente delictiva o ésta aparezca de modo sobrevenido, sino que también lo es la que teniendo fines lícitos, la criminalidad cristalice en el empleo de medios violentos para conseguirlos, pervirtiendo la personalidad de sus componentes¹⁴; la

impropio, propio, y orientado a las consecuencias, el primero y tercero asimilados a la coautoría. Vid SSTs de 8 de julio de 2004, 2 de febrero de 2006, 8 de mayo y 9 de julio de 2009, o de 22 de junio de 2017. También MARTÍNEZ GARAY: *"El nuevo delito de pertenencia a 'organizaciones y grupos criminales' (art. 385 bis) en el proyecto de reforma del Código Penal"*, en Revista General de Derecho penal, cit., epígrafe II.2, citando los casos Amedo y Filesa, en los que el Tribunal Supremo en sendas sentencias de 12 de marzo de 1992 y de 28 de octubre de 1997 condenan por delito de asociación ilícita, considerándola *"una especie de organización delictiva de menor entidad que la organización terrorista o banda armada"*, lo cual, en palabras de la autora, *"puede haber contribuido a que se generalizara la desconfianza sobre su aptitud para ofrecer una respuesta político-criminalmente adecuada a un fenómeno que se considera de tanta gravedad como la criminalidad organizada"*, ya que en el primero de estos casos se trataba sólo de dos personas (los policías Amedo y Domínguez), que ante un terrorismo de Estado, sin embargo, estructuralmente, no podían constituir una banda terrorista.

13. Incluso en algunos preceptos del código penal se asemejan aún asociación y organización criminal, arts. 177 bis, 188.3f, 189.2f, 271c, 276c.
14. Sobre ello véase BARDAVÍO ANTÓN, Las sectas en Derecho penal. Estudio dogmático de los delitos sectarios, 2018. Una organización criminal como secta puede verse en DE LA CORTE IBÁÑEZ/GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Crimen org. Evolución

de carácter paramilitar (clandestina, violenta, mercenaria¹⁵); o la que promueve la discriminación, el odio o la violencia contra personas o grupos por razón de etnia, raza, nación, sexo, etc.¹⁶. En todas ellas se persigue a los fundadores, directores y presidentes¹⁷, a los miembros activos¹⁸, así como a los cooperadores si son necesarios¹⁹, pero

y claves de la delincuencia organizada, cit. pp. 276: en la medida en que implica una socialización o resocialización en un sistema de creencias o valores alternativos al de la cultura convencional. También PERLADO, Miguel: ¡Captados!. Todo lo que debes saber sobre las sectas, 2020, pp. 17 ss., ideas muy asentadas en el imaginario social asocian las sectas con el sexo descontrolado, la violencia física, la explotación económica y las visiones apocalípticas. Más allá de estas ideas estereotipadas, las sectas son en la práctica un fenómeno poliédrico que ha encontrado nichos productivos en el mundo globalizado, que implica un seguimiento a algo (sequi) pero al mismo tiempo separación (sectio, secare), y que son en esencia grupos que *"exigen progresivamente de sus seguidores una convicción, devoción y dedicación excesivas hacia una persona, idea u objeto, con un funcionamiento de grupo codependiente y en el que se ha institucionalizado una relación de dominio y control (. . .) siempre en beneficio del líder (o líderes) y provocando un daño real (o posible) sobre sus miembros, la familia o la sociedad en su conjunto"*. El autor destaca los siguientes elementos configuradores de las sectas: 1. Son grupos jerarquizados que despliegan una relación de dominio bajo la forma de un líder o gurú. 2. Son grupos que tienden a reivindicar una referencia exclusiva a su propia interpretación de la realidad, imponiéndola y descalificando otras realidades. 3. Defienden un modelo de transformación estándar de las personas, sin respetar la autonomía personal, utilizándolas como instrumentos al emplear sus capacidades y recursos en beneficio del grupo. 4. Seducen y emiten falsas promesas a diversos niveles: desarrollo personal, poder económico, sanación, etc., existiendo una doble agenda y un doble discurso. 5. Funcionamiento parasitario, estimulando sentimientos de miedo, culpabilidad y temor si se abandona el grupo, originando rupturas en diversos ámbitos, laboral, familiar, etc. 6. Utilizan a las instituciones sociales legítimas para aprovecharse o camuflarse. En definitiva, grupos o multinacionales de la captación que convierten al adepto en un trabajador compulsivo, aprovechando vulnerabilidades humanas, como la necesidad de socializar o de autoengañarse buscando respuestas simples, pero que en algunos de sus rasgos (1, 5, 6) se asemejan a la delincuencia organizada.

15. Por ejemplo los GAL en España ("Grupos Antiterrorista de Liberación").
16. Constitutivas de delito del art. 510 del código penal.
17. Quienes toman decisiones de forma autónoma, el jefe o responsable máximo, el tesorero, el cabecilla, el coordinador nacional, o el instructor y portavoz encargado de diseñar nuevas estrategias de acción. Se les castiga con una pena de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público de seis a doce años.
18. Éstos son los integrantes, los militantes, y en general todo aquél que realice cualquier tipo de actividad relevante para la consecución de los ilícitos fines asociativos. No sería suficiente con ser simpatizante, o visitar la sede de la asociación para encontrar trabajo en el Sindicato, o la mera presencia en actos convocados. Se les castiga con la pena de prisión de uno a tres años, misma multa que a los jefes, de doce a veinticuatro meses, pero sin la pena de inhabilitación.
19. Que el art. 518 tipifica bajo la forma de cooperación económica o de cualquier otra clase, en todo caso relevante, como, por ejemplo, prestar un local u ocultar a un

incluso, y en esto también se distingue de la organización criminal, la provocación, proposición o conspiración para cometer el delito de asociación ilícita es delictiva (art. 519)²⁰, y no se contempla la figura del arrepentido o confeso. En este sentido, y dada la amplitud de supuestos que contempla el art. 515, un criterio efectivo de diferenciación ha sido también aplicar el principio del mayor rango punitivo del art. 8.4 a favor de la organización criminal, si es una asociación que tenga por objeto la comisión de delitos, esto es, cuando exista esa naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva, carente de formalidad jurídica, o creada ésta con el solo fin de ocultar la actividad y facilitar la impunidad, y, por otro lado, el principio de especialidad del art. 8.1 a favor de la asociación ilícita, si es una asociación que después de constituida promueva la comisión delictiva. Siendo en este sentido más amplio el concepto de organización que el de asociación, con contenido ésta más jurídico-formal, incluso de estructuras estatales o semiestatales²¹, a pesar de que en muchos delitos cuyo subtipo agravado es la pertenencia a organización o grupo criminal se contemple también la responsabilidad penal de la persona jurídica (arts. 189 bis o 177 bis 7), en la línea de lo dispuesto en el art. 66 bis 2^{ab}).

-
- miembro, castigándolos con la misma pena de prisión que a los miembros activos, de uno a tres años, misma multa de doce a veinticuatro meses que a los miembros y jefes, y además, a diferencia de los miembros activos, con la de inhabilitación para empleo o cargo público de uno a cuatro años, sin especificarse que sea especial, aunque se sobreentiende por lo dispuesto en el art. 40.1.
20. Lo cual no tiene mucho sentido, pues si la cooperación ha de ser en todo caso relevante, quedaría fuera de la norma (al menos como autoría) la que no fuese relevante. Sin embargo, será preciso acreditar alguna clase de actividad de la que se pueda deducir que los integrantes de la asociación han pasado del mero pensamiento a la acción, aunque sea bastante a estos efectos con la decisión de hacerlo traducida en actos externos. Tal actividad puede referirse a múltiples aspectos relacionados con la finalidad delictiva, tanto a la captación de nuevos miembros, al adoctrinamiento y apoyo ideológico a los ya existentes, a la obtención de financiación y medios materiales para sus fines, a la preparación o ejecución de acciones, a la ayuda a quienes las preparan o ejecutan o a quienes ya lo hayan hecho (SAP de Murcia de 13 de junio de 2017).
 21. El art. 31 quinquies excluye la responsabilidad penal del propio Estado, de las Administraciones públicas territoriales o institucionales, de las Agencias y entidades públicas empresariales, y de las Organizaciones internacionales de Derecho público. Pero, en cambio, es responsable penalmente (desde la reforma penal de 2015) toda forma jurídica creada con el propósito de eludir una responsabilidad penal, incluidas las Sociedades mercantiles estatales, con políticas públicas o servicios de interés económico general, así como en todo caso los Partidos políticos y Sindicatos (desde la Ley Orgánica 7/2012).

2. ORGANIZACIÓN Y GRUPO CRIMINAL

La incorporación al código penal del grupo criminal por la Ley Orgánica 5/2010 tuvo como objetivo la criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado cuya finalidad fuese la realización de actividades delictivas de menor entidad. Así se afirma en el Preámbulo, que los grupos criminales se vinculan con la comisión reiterada de pequeños hurtos, robos o estafas y otros delitos contra la propiedad, e incluso operaciones de tráfico de drogas del tipo de menudeo. Y en el art. 570 ter, que lo define como la unión de dos o más personas que tengan como objeto la perpetración reiterada de delitos cuando no se reúna "*alguna o algunas de las características de la organización criminal*".

Al grupo criminal, definido por algún sector doctrinal como "*una suerte de figura intermedia entre la codelinquencia y la organización criminal*"²², o por la jurisprudencia como "*su hermana menor (. . .) pero sin que sea como una especie de cajón de sastre*"²³, le caracterizaría como elementos comunes a la organización la necesidad de al menos tres miembros, la finalidad delictiva, y también cierta permanencia en su constitución. Pero a diferencia de la organización criminal, el grupo presenta una estructura poco compleja, sin reparto claro de funciones (*dinámica aleatoria*), una operatividad transitoria y por período no extenso de tiempo, con desplazamientos habituales o itinerancia, un ámbito local o vecinal, y una voluntad delictiva, con inconcreción de las infracciones a ejecutar, normalmente delitos menores.

En este sentido, el grupo criminal se define, pues, a través de dos requisitos, uno de carácter *objetivo*, que se concierten al menos tres personas, sin que haya sido fácil de entender por la doctrina en qué medida la diferencia en una persona podría aportar un contenido material suficiente al grupo como modalidad de criminalidad organizada que lo diferencie de la mera codelinquencia. Y otro elemento *subjetivo*, la finalidad de comisión de más de un delito (pese a que el art. 570 ter parece permitir que sea sólo uno), requisito que integra también a la codelinquencia si el acuerdo se alcanza entre sólo dos personas, por lo que este extremo por sí solo poco aportaría a la definición material del grupo. Por tanto, como la doctrina ha puesto ya de manifiesto, se trata de una escueta e insuficiente caracterización, dado

22. FARALDO CABANA, cit. p. 519.

23. STS de 25 de octubre de 2019.

que el grupo criminal es una modalidad de criminalidad organizada, y como tal requerirá de la presencia de elementos objetivos y subjetivos que permitan acreditar la existencia de una cierta estructura y una mínima organización que hagan posible que el acuerdo criminal se pueda ejecutar efectivamente al margen de las personas que lo integran, a fin de facilitar la comisión reiterada de delitos, la impunidad de los culpables y la dificultad en su investigación y persecución. Pero la necesidad de diferenciar entre organización y grupo criminal se hace más que evidente si observamos la diferente penalidad de una y otro en los arts. 570 bis y ter²⁴.

Como indicábamos más arriba, en el grupo criminal existen dos formas de intervención tratadas al mismo nivel, liderazgo o integración (no colaboración), y las penas se gradúan, en este caso de mayor a menor, según se trate de bienes jurídicos personalísimos, graves o menos graves (esta distinción no existe como tal en la organización), y otros delitos graves, menos graves o incluso leves, e inclusive uno solo²⁵. Las conductas típicas se personalizan en quienes constituyeren, financiaren o integraren el grupo, esto es, las que reflejan la vida del agrupamiento delictivo, su iniciación, la aportación de medios, y por último su pertenencia, que no será meramente pasiva, sino una participación diseñada en una futura acción delictiva. No se incluyen pues en el grupo las funciones de dirección (que implica jerarquía), organización (reparto de funciones) o coordinación (supervisión), porque son éstas las que le separa de la

24. Que puede alcanzar los 18 años de prisión en la organización, y los 9 años en el grupo, distinción en la pena que no vemos por ejemplo en las organizaciones y grupos terroristas (art. 573), donde sólo se distingue la gravedad de la sanción según el grado de contribución en la organización o en el grupo, esto es por el título de participación, pero no por la estructura en la que se asienta. La razón de este parecer podría justificarse en la existencia de grupos terroristas, comandos y células que así se organizan por meras razones operativas, pero que por su funcionamiento y finalidad hacen que no resulte necesario diluir el concepto unitario de organización terrorista.
25. Por ejemplo, la STS de 20 de febrero de 2019 corrige la pena impuesta por la sentencia de instancia, por el delito de pertenencia a grupo criminal, al errar respecto al apartado aplicado del art. 570 ter: se trataba del relativo a la salud pública de una sustancia que, aunque no causa grave daño a la salud (hachís, marihuana), su cuantía era de notoria importancia, y conforme al art. 369.5 es aplicable la pena superior en grado a la del tipo básico, y puesto que ello supone la imposición de una pena de tres a cuatro años y medio de prisión, estamos ante una pena *menos grave*, conforme al art. 33.3a), siendo de aplicación el apartado c) del art 570 ter, y no el apartado b), siendo pues una pena de tres meses a un año.
No tiene el grupo el plus exigido para la organización, indica la STS de 31 de octubre de 2019, pero ambos son "*potenciales agentes de plurales delitos*", y no de uno solo.

le dota al grupo de un contenido más cercano a una modalidad de criminalidad organizada, alejándolo de la mera codelinquencia, ya que tal estabilidad temporal impediría afirmar que el grupo se haya formado fortuitamente para la comisión inmediata de un solo delito²⁹.

El grupo es así una *"figura que ocupa el espacio existente entre la organización criminal y la codelinquencia"*³⁰, que puede consistir tanto en una agrupación estable como en un *"consorcio transitorio, siempre con cierta permanencia"* (SAN de 20 de diciembre de 2013, STSJ de Asturias de 27 de marzo de 2019). Pero que, frente a la organización criminal, no requiere del elemento de la estructura estable y del reparto de funciones. Así, por ejemplo, el Auto del TS de 6 de julio de 2011, lo configura como *"una figura de carácter residual frente a la organización criminal que sólo requiere cierta permanencia y una estructura básica, pero no requiere una asignación formal de funciones entre los distintos miembros del grupo, ni continuidad en la condición de miembro"*. El grupo existirá cuando no haya estabilidad o permanencia ni estructuración jerárquica con reparto de funciones, o cuando exista uno sólo de éstos (STS de 6 de febrero de 2020). También la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales condena por grupo

514/2013, de 2 de diciembre, SAP de Barcelona 53/2013, de 2 de enero, SAP de Ciudad Real 29/2013, de 28 de noviembre). Otra corriente jurisprudencial se basa en la sola finalidad de comisión de una pluralidad de delitos (SAP de Córdoba 264/2013, de 21 de octubre, SAP de Valencia 83/2013, de 11 de febrero, SAP de Zaragoza 385/2013, de 10 de diciembre).

29. Pues de aceptarse la intención de cometer un solo delito para integrar el grupo criminal se derogaría de hecho el sistema de punición excepcional de los actos preparatorios punibles cuando en ellos intervinieran más de dos personas, por lo que los resultados de una interpretación sistemática son contrarios también a esta forma de entender el concepto de grupo criminal, indica FARALDO CABANA, cit., en ZÚNIGA RODRÍGUEZ/BALLESTEROS SÁNCHEZ, op. cit., p. 521. Junto a ello, advierte CANCIO MELIÁ, citando a MARTÍNEZ GARAY, que *"existe el riesgo, ante la multiplicidad de fenómenos que a priori pueden ser englobados en dicho término, de aplicar un régimen penal y/o procesal endurecido pensado para grandes estructuras transnacionales a grupos que no constituyan más que bandas, grupos o grupúsculos poco organizados, agrupaciones esporádicas, o simples formas de autoría y participación"*, calificando dicha regulación, en palabras de VIVES ANTÓN y CARBONELL MATEU, como de *"organización punitiva"*, en *"El 'caso manos Blancas': Problemas de imputación en contextos de organización criminal a la luz del Derecho penal español"*, en COUSO/WERLE, *Intervención Delictiva en contextos organizados*, 2017, p. 317.
30. Un *"subconjunto"* de la organización criminal (SAP de Barcelona de 4 de abril de 2019, respecto a la agrupación de personas concertadas para robar la mercancía de camiónes en connivencia con los conductores, que simulaban el robo, y a través de un transportista que contactaba con la empresa propietaria), o más que un simple acuerdo transitorio, pero que no llega a ser una organización criminal (STSJ de Asturias de 27 de marzo de 2019).

criminal cuando no consta una *“estricta organización interna jerarquizada”* ni un claro reparto interno de funciones *“por cuanto todos hacen un poco de todo”* (SAP de Albacete de 29 de abril de 2013); o bien no hay un reparto interno de funciones porque *“todos los integrantes indistintamente pueden llevar a cabo los hechos sin división de roles directivos o ejecutivos”* (SAP de Barcelona de 2 de enero de 2013), e incluso se llega a absolver del delito de pertenencia a grupo criminal, calificado como *“una agrupación de personas no suficientemente estructurada para perpetuarse en el tiempo”*, porque del *“reparto de papeles”* no quedaban acreditados indicios suficientes para la existencia del grupo criminal (SAP de Zaragoza de 10 de diciembre de 2013). La SAP de Ciudad Real de 28 de noviembre de 2013 aprecia incluso un *“conato de organización, en cuanto media distribución de tareas relativas a la comisión de los hechos”*, apreciando un *“grupo estable”*, de marcado carácter familiar o clan (constantes comunicaciones entre los miembros y adecuada interrelación en el reparto de funciones), y en otras ocasiones se necesitará de una *“mínima permanencia”* que nos permita afirmar que el grupo no se ha reunido fortuitamente para la comisión inmediata de un delito. De este modo, el grupo criminal puede permanecer estable cierto tiempo en función del tipo de infracción criminal a que oriente su actividad delictiva, pero carece de una estructuración organizativa perfectamente definida. O bien, puede contar con una estructura organizativa interna, con reparto de tareas de manera concertada y coordinada, en forma incluso de *“subgrupos”* o *“grupos de apoyo”* (STS de 20 de febrero de 2019), pero en ese caso, para ser calificado como grupo, no debe perpetuarse en el tiempo, es decir no estar constituido con vocación de permanencia indefinida (STS de 9 de octubre de 2013), pues en este caso y de ser así podría evolucionar hacia la organización, impidiéndolo en ocasiones la detención de sus miembros.

Por otro lado, el perfil de los miembros de los grupos criminales es la de conformar un medio y estilo de vida diferentes, que no responde siempre a una finalidad económica ni de empleo de violencia o intimidación (aunque sí existen grupos especialmente violentos), sino de sustento de sus miembros, preservación de su identidad, o búsqueda de vías de escape a su disconformidad, rebeldía o evasión³¹, careciendo además de situaciones rígidas de liderazgo (aunque sí suele haber un *“mandamás”* al que otros obedecen), de una división de tareas y sólida jerarquía y de una especialización delictiva. En algunos grupos sí que

31. Apreciando incluso en alguno de sus miembros una atenuante analógica de alteración psíquica la STS de 17 de julio de 2014.

se observan estas características, habiendo evolucionado otros en algunos casos hacia una organización criminal. Bandas latinas como los Latin Kings³², "Bloods"³³, o Ñetas³⁴ son algunos de estos ejemplos,

32. SAP de Barcelona de 2 de enero de 2013, STS de 22 de diciembre de 2015. Los Latin King nacieron inicialmente como un grupo de cinco personas, en Chicago, en los años treinta, para combatir un sentimiento de desarraigo y desigualdad. Estos miembros van poco a poco reclutando a otros, desplazándose y extendiendo su territorio, hasta ir creando el nombre y la simbología que tienen en la actualidad, formándose en los años sesenta una nueva generación del grupo que reafirma su identidad conquistando nuevas ciudades, entre ellas Madrid en el año 2000, con lo que consiguen asentarse en España. Vid. RICO CARRATALÁ, "Análisis psicosocial de grupos y organizaciones criminales", en <http://repositori.uji.es>, 2015, p. 25.

Sin embargo, a esta banda latina se refiere la STS de 3 de diciembre de 2019 como una organización criminal: de origen estadounidense, grupos de hispanos y afroamericanos protagonizaban violentos incidentes en las ciudades de Chicago y Nueva York por el control de las calles. En los años sesenta se extiende a un centro penitenciario neoyorkino, agrupándose sus componentes en cuadrillas carcelarias, y poco a poco el grupo se va extendiendo al resto de ciudades americanas captando jóvenes de las comunidades hispanas, estableciéndose una entidad para cada país donde van expandiéndose, y un conjunto de "reglas" y "leyes" conocido como "La Constitución" o "La Literatura". La estructura de la banda latina se va haciendo rígida y piramidal, donde la palabra dictada por un dirigente se obedece sin cuestionario, bajo amenaza de castigo, incluso físico, y cada integrante tiene roles perfectamente definidos dentro de su categoría. Sus emblemas o insignias se centran en una corona con cinco puntas y la cabeza de un rey con corona. Utilizan la mano derecha (considerada como sagrada) abierta con los dedos medio y anular plegados hacia la palma de la mano como signo de identificación entre sus miembros. Tienen una severa disciplina basada en un férreo código de silencio respecto de las posiciones de los responsables con la finalidad de salvaguardar la identidad de los rangos superiores. Inculcan el conocimiento y el acatamiento de las normas internas, partiendo de la superación de ritos iniciáticos como soportar golpes, y someten a los sujetos afiliados ("membresía") a un control de su cumplimiento sancionado con castigos físicos y amenazas, incluso a familiares. La disidencia, la desobediencia, el desconocimiento de las reglas, el impago de cuotas (entre tres y seis euros semanales), la falta de arrojo en los ataques a grupos rivales ("caídas") o la desertión, son objeto de represalia en forma de castigos y pueden culminar en agresiones lesivas o mortales. Asimismo, fomentan el uso generalizado de la violencia frente a quienes determinan como sus enemigos e inculcan el aprendizaje de técnicas de combate. Las actividades ilícitas más frecuentes son los ataques a grupos rivales considerados enemigos, como represalia por ataques precedentes o con el fin de lograr un dominio territorial, establecerse en distintos espacios públicos y con ello, acrecer el poder del denominado "Capítulo". La organización se expande así a nivel nacional, regional y local, agrupándose en estos Capítulos, que en la Comunidad de Madrid llegan a seis, y lo forman unos quince miembros.

33. STS de 22 de diciembre de 2015, uno de sus miembros fue declarado culpable de homicidio en una pelea con los Latin Kings. Los Bloods son una banda latina estructurada en "bloques" o demarcaciones territoriales, que cometen delitos violentos, y que se organizan jerárquicamente en superiores, activados (secretarios, tesoreros y guerreros), y observadores, exigiendo al menos dos años de permanencia para formar parte de la banda y cometer alguna "prueba de sangre" para su entrada.

34. SAP de Barcelona de 5 de febrero de 2015. El origen de Los Ñetas se encuentra en la prisión de Puerto Rico a finales de los años setenta, sentimientos de rebelión,

frente a otros como Forty Two³⁵, "Traviesos"³⁶, y Bling Bling³⁷, y frente a organizaciones más complejas, jerarquizadas y expandidas territorialmente, como "Los Menores"³⁸, Trinitarios³⁹, "Ucranianos"⁴⁰, "Pink Panther"⁴¹, o "Dominican Don't Play", considerada incluso asociación

revelación y protección frente a la mala gestión del sistema penitenciario, cuando un preso de la asociación es asesinado a manos de los miembros de otra banda rival (Los Insectos), lo que inicia una venganza sin tregua que continúa más allá de las paredes del centro, en otras cárceles, y también fuera de ellas. Conquistaron Estados Unidos en los años ochenta, y llegaron a España en 2001, RICO CARRATALÁ, *ibidem*, p. 40 s. La SAP de Madrid de 9 de octubre de 2019 se refiere a esta banda, cuyo nombre originario es "Asociación Pro Derechos del Confinado Neta", indicando que en la Comunidad de Madrid este grupo lo forman más de un centenar de jóvenes de diversas nacionalidades latinoamericanas, en su mayoría ecuatorianos, que integran varios "capítulos" localizados en distintos de sus barrios. Destaca el grado de estructura y jerarquía, con un líder que marca las pautas, así como símbolos y rituales de adhesión a la organización. Los miembros pasan por las fases de "observación", "probatoria", "norma" y "fleta juramentado", se rigen por el documento titulado "Liderato Máximo", y deben pagar "la cuota", siendo sancionados cuando no la satisfacen. Para hacer frente a las cuotas y autofinanciarse recurren a la comisión de delitos, especialmente contra la propiedad. Sus rasgos característicos son el empleo de los colores blanco, azul y rojo (coincidentes con los de la bandera de Puerto Rico), el uso de pendientes, collares y rosario, y un saludo consistente en entrelazar los dedos corazón e índice, totalmente extendidos, de la mano derecha. Es habitual que se tatúen distintas partes del cuerpo con diseños que incluyen pistolas o machetes cruzados, armas que portan y no dudan en emplear.

35. Integrada en su mayoría por menores, proceden de agrupaciones de otras bandas, CÓRDOBA MORENO, *"¿Son las bandas latinas en España crimen organizado?"*, cit. p. 184.
36. En www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS, p. 1319. Especialistas en hurtos, operaban en Colombia, pero fue desarticulada en 2019.
37. Formada por más de cincuenta jóvenes de origen dominicano, fue creada en el verano de 2004. Es una banda local, con una estructura jerárquica, considerada la más violenta de la isla de Palma de Mallorca.
38. STS de 3 de noviembre de 2016, compleja organización jerárquica y territorial.
39. STS de 16 de abril de 2014, organización estructurada, piramidal, con aportaciones económicas para nutrir al grupo como fuente principal de financiación, empleando extrema violencia contra todo miembro que desee abandonarlo. Su fundación se remonta a los movimientos de liberación aparecidos en Santo Domingo en el siglo XIX, implantado en España desde el año 2004. Se estructura de manera organizada a partir de una jerarquía y distribución de tareas en el seno del grupo, al cual sus integrantes deben disciplina y sostenimiento económico a cambio de recibir recíproca protección (SAP de Madrid de 5 de febrero de 2019).
40. STS de 12 de diciembre de 2016, creando una página web con enlaces a otras, de carácter protegido, sin autorización de sus titulares, subiendo unos el contenido de las páginas por órdenes de los otros, que son los que fueron identificados.
41. Banda georgiana de atracadores de joyerías, provenientes de los "Tigres de Arcán", de la antigua Yugoslavia, y caracterizados por la estrella de ocho puntas, y por un elevado grado de profesionalización y de perfeccionamiento constante, con una

ilícita⁴². En cualquier caso, perfiles que se asemejan más al delincuente de convicción, de conciencia, ideología, o incluso al de un "enemigo". Consideradas estas bandas como variante de la criminalidad organizada, no todas reúnen sus características, sino que colaboran, algunos de sus miembros, con determinadas organizaciones para saciar su individual ánimo de lucro⁴³. Pero mientras la etnia es un elemento fundamental en la formación del grupo criminal durante la adolescencia, el perfil del delincuente integrado en una organización criminal, por su mayor sofisticación, es en cambio el de un adulto cuya "carrera criminal" en ocasiones puede arrancar ya también en la etapa juvenil o bien haberla heredado de las subculturas delictivas en las que se crió, pero puede suceder igualmente a la inversa, tratarse de "criminales de carrera" que provienen del mundo legal (empresarios, abogados, peritos), cuya codicia u otro tipo de condicionamientos personales (quebras, privación de gratificaciones) les han desembocado en el crimen organizado⁴⁴.

rápida (minutos de tiempo), limpia y meticulosa ejecución del delito, con un reparto de tareas muy preestablecido, aun cuando con semanas o meses de preparación, y de carácter frío y valiente. Muchos cuentan con formación de élite militar o paramilitar, lo que les confiere sensación de impunidad. La Interpol tuvo que gestionar un programa informático específico para su captura. Operan en diversas ciudades de Europa.

42. Cuatro de sus miembros fueron arrestados en Madrid por el asesinato con arma de fuego de un joven en el transcurso de una reyerta en 2018, existiendo condenas por amenazas y tenencia ilícita de armas de sujetos de la banda latina Dominican Don't Play, por enfrentamientos contra miembros de otros grupos.

Por STS de 12 de diciembre de 2013, la banda latina Dominican Don't Play fue incluso considerada y calificada como asociación ilícita, por incitar, promover o favorecer el odio, la hostilidad y la violencia contra personas, grupos o asociaciones, así como por promover la comisión de delitos y utilizar medios violentos para la consecución de sus fines. Esta banda latina se estructura en diversas ciudades a base de grupos denominados "coros", que los conforman un número de unos veinte miembros, y cuyo objetivo primordial es la defensa a ultranza de un determinado territorio para su uso exclusivo y excluyente, en cuya delimitación o demarcación ejecutan acciones violentas y agresivas frente a grupos pertenecientes fundamentalmente a otras bandas latinas de carácter rival, como "Black Panthers" o los Trinitarios. En la ciudad de Zaragoza, tal delimitación territorial de actuaciones de esta banda es el barrio de San José, siendo durante más de un año (2013-2014) seis los miembros activos de la banda, que, por tal delito, asociación ilícita, y no por el de organización criminal ni grupo (sin mencionarse la razón), fueron condenados en la SAP de Zaragoza de 7 de marzo de 2019: se destaca que la asociación puede tener una estructura primaria, incluso apariencia formal, llevar a cabo actividades lícitas, y ser un "conato" de organización criminal.

43. CÓRDOBA MORENO, cit. p. 191 s.

44. DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Crimen.org, Evolución y claves de la delincuencia organizada, 2010, cit. pp. 256 ss.; PIVA TORRES /

En resumen, la definición de grupo criminal que contiene el código penal y que se caracteriza por la finalidad delictiva de quienes se unen, sin reunir todos o algunos de los requisitos materiales que permitirían conceptualizarlos como criminalidad organizada, ha generado una jurisprudencia amplia y en ocasiones desigual que terminó recurriendo a elementos no comprendidos literalmente en la ley, a fin de castigarlo como modalidad menor de criminalidad organizada, y permitir su delimitación de las organizaciones criminales y de la codelincuencia⁴⁵.

3. GRUPO CRIMINAL Y CODELINCUENCIA

Definido el grupo criminal como modalidad subsidiaria de la organización criminal, por la ausencia de todos o algunos de los requisitos que definen a ésta, la pluralidad de sujetos y la finalidad delictiva para la que se conciertan constituirían los únicos elementos necesarios comunes a ambas formas de criminalidad organizada. Distinguir los grupos criminales de la mera codelincuencia obliga a recurrir de nuevo a una caracterización doblemente negativa del grupo, que no solamente es lo que no constituya organización criminal, sino que también implica el acuerdo de voluntades de varias personas para desenvolver un proyecto criminal, que haga posible la ejecución del hecho con independencia de las personas que lo integran (SAP de Albacete de 29 de abril de 2013). Conforme a ello, la STS de 1 de abril de 2013 afirma que *"la codelincuencia se apreciaría en los casos de agrupaciones o uniones de sólo dos personas, o cuando estando integradas por más de dos personas, se hubieran formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito"*. Como el concierto de un grupo de personas para cometer un delito es una forma de codelincuencia (SAN de 20 de diciembre de 2013), el concierto como elemento característico del grupo criminal debe trascender el concreto hecho cometido. Y no es esa pluralidad de delitos lo que marcaría la diferencia, pues no se trata sólo en el grupo

GRANADILLO MALAVE: El dominio del hecho en el Derecho penal. Referencia a la autoría en la criminalidad organizada, 2019, p. 119 s, *"¿transgresores o víctimas?"*.

45. A favor por ello de su desaparición, véase MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *"Los delitos de pertenencia . . ."*, cit., p. 558. A favor de su interpretación restrictiva, BOCANEGRA MÁRQUEZ, *"El concepto de 'grupo criminal' del art. 570ter1 del código penal. La necesidad de su interpretación restrictiva"*, en Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional, 2019, pp. 527 ss., y en *"La doble vía de castigo de la pertenencia a organización criminal. Los delitos de organización y grupo criminal y los tipos cualificados"*, en Revista Pensamiento penal 2015, p. 5.

de participar en el delito sino *“de participar en el agrupamiento”*, no ser ajeno a sus decisiones por estar integrado en él: actuar en grupo es hacerlo *“con”* o *“entre”*, y no *“por”* varias personas (STSJ de Asturias de 27 de marzo de 2019)⁴⁶.

La complejidad es aún mayor si se tiene en cuenta que el código penal mantiene ciertos delitos agravados cuando se cometen en grupo, o que en sí mismos son grupales. Así ocurre por ejemplo con los delitos sexuales, agresiones y abusos a menores de dieciséis años, y, tras la reforma penal de 2015, también el delito relativo a la prostitución de menor o discapacitado (arts. 180.1.2.^a, 183.4b y 188.3e), cuando la conducta sea realizada por dos o más agresores conjuntamente⁴⁷,

46. Una dificultad para diferenciar la codelinquencia del grupo criminal puede verse en la STS de 11 de mayo de 2017, revocando la sentencia de instancia y excluyendo el grupo criminal entre cuatro sujetos, dos matrimonios, con vínculo familiar, pero con dos focos de distribución de droga, en el que un sujeto suministra droga a otro que la distribuye, pero sin concierto entre los cuatro para la explotación conjunta de sendos negocios ni reparto de ganancias, ni impidiendo la detención de uno la continuación de la venta por los otros. También en la STS de 22 de diciembre de 2015, excluyendo el delito de asociación ilícita y condenando por codelinquencia de malversación continuada a miembros de un Consejo de administración que saquean fondos del Ayuntamiento de Marbella a través del vaciamiento de sus funciones, transfiriéndolas a sociedades municipales más opacas al control. Vid. PARDO GEIJO RUIZ: *“De la delincuencia organizada (organización versus grupo) frente a la codelinquencia. Sobre la categoría residual de asociación ilícita”*, en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/13828> (visionado 23.03.2020). Desestimando también el delito de organización criminal en el narcotráfico véase la STS de 27 de febrero de 2020, al no resultar probado que *“la preparación del delito tuviera como finalidad la comisión de otros futuros (. . .), no se aprecia una estructura consistente, de suficiente rigidez y permanencia como tal, que permita afirmar que el reparto de tareas supera las exigencias mínimas propias de la codelinquencia”*; y descartando el grupo criminal la STS de 6 de febrero de 2020, *“concierto puntual para la comisión inmediata del delito (estafa), supuesto de mera codelinquencia”*.
47. Los atentados sexuales grupales o en régimen de actuación conjunta cometidos por jóvenes no han dejado de proliferar en los últimos años en España. Baste señalar como ejemplo el caso ocurrido en julio de 2016 durante los Sanfermines de Pamplona por una banda de cinco jóvenes llamada *“La Manada”*, condenados por la STS de junio de 2019 que revocaba las anteriores, a cada uno de los cinco integrantes por un delito continuado de violación a quince años de prisión, con las agravantes de trato degradante y actuación conjunta de más de dos personas. Se descarta así la calificación por delito continuado de abuso sexual de prevalimiento aplicada por la Sentencia de la Audiencia de Navarra en abril de 2018, y confirmada después por el Tribunal Superior de Justicia, que provocó en España todo un movimiento de clamor popular de rechazo, sobre todo a raíz de la emisión de un voto particular de uno de los Magistrados a favor de la absolución, que propició un proyecto de reforma penal revisable, así como una revisión general de los tipos penales, ampliando el delito de violación. Aunque algunos de los miembros de la *“Manada”* tenían antecedentes

incluyendo tácitamente lo que de por sí constituye ya una agravante genérica, el abuso de superioridad (art. 22.2). En el delito de agresión y abuso sexuales a menor de dieciséis años, y en el relativo a la prostitución, se contempla además la agravante de pertenencia a organización o grupo criminal dedicados a estas actividades (arts. 183.4f, 187.2b y 188.3f), con lo que la distinción entre grupo criminal y actuación conjunta se hace aún más necesaria. Igualmente se comete en grupo el delito de riña tumultuaria (art. 154)⁴⁸, que puede constituir un grupo criminal si no es una riña espontánea sino una agrupación criminal ya formada⁴⁹.

No constituiría, pues, un grupo criminal los supuestos de la denominada coautoría aditiva⁵⁰, pues en ellos no existe el acuerdo previo necesario para la perpetración delictiva que requiere el grupo criminal, como tampoco los supuestos en donde la idea criminal es prácticamente simultánea a la ejecución del delito, sobre todo si tenemos en cuenta lo dispuesto en el art. 570 quáter, que prevé como consecuencia accesoria la disolución del grupo, lo que carecería de sentido ante una simple coincidencia de personas que deciden cometer un delito. Dado que el grupo se define como la unión de más de dos personas que sin reunir alguna o algunas de las características de la organización tiene por finalidad la perpetración concertada de delitos, esto significa que,

penales, en ningún momento se planteó la existencia de un grupo criminal, sino de una actuación grupal. Al respecto véase AGUILAR BARRIGA, "La sentencia n.º 38/2018 de 'la Manada' como punto de inflexión en la futura tipificación de los delitos contra la libertad sexual en el código penal español", en Revista General de Derecho penal, n.º 33, 2020, epígrafes V y VI, pp. 19 ss.

48. Acometerse confusa y tumultuariamente empleando medios o instrumentos peligrosos que pongan en peligro la vida e integridad de las personas, como un delito de mera actividad y de peligro concreto, en el que una pluralidad de personas como bandos contrapuestos utilizan medios peligrosos, pudiendo causar un resultado de muerte o lesión, delito de cuño antiguo, pero de una enorme frecuencia en su comisión.
49. STS de 22 de diciembre de 2015, respecto a la pelea entre dos grupos criminales, Bloods y Latin Kings, en una discoteca, que comienza con provocación y amenazas de lanzamientos de objetos peligrosos, tras lo cual uno de los miembros de los Bloods, condenado por homicidio, apuñala mortalmente varias veces a un miembro de los Latin Kings. No se plantea la comisión del delito del art. 154 por el resto de sujetos presentes participantes en la trifulca.
50. Cuando dándose comienzo a la ejecución del delito, posteriormente otro u otros ensamblan su actividad a la del primero para lograr su consumación. Previamente a la coautoría puede existir además la proposición o conspiración al delito, punibles en algunos casos muy graves, y que vendría a ser en la codelincuencia, salvando las distancias, la promoción en la organización criminal.

o bien no existe una unión estable (sino contingente) o no es indefinida (sino provisional), o no existe un reparto claro de funciones ni coordinación (no existe jerarquía), o ninguna de estas características, pero entendemos que debe existir una cierta distribución de funciones en la ejecución del hecho criminal, nota que no es distintiva de la coautoría, pero sí lo es la no simultaneidad de la acción criminal en el grupo, o no concertarse aisladamente para cometer algún delito⁵¹.

Varias son, por consiguiente, las diferencias entre la organización y el grupo criminal y la codeincuencia, ya sea ésta coautoría o conspiración al crimen: a) en la codeincuencia, si se trata de una conspiración, ésta se consume en la ejecución del delito si llegara a producirse. Conspiración, o en su caso coautoría, se penan en sí mismas como formas de comisión delictivas. Pero en cambio, cabe el concurso entre el delito de pertenencia a una organización o grupo criminal y el delito preparado, intentado o ejecutado, o bien el tipo agravado de éste por pertenencia del autor a organización o grupo criminal (si existe), en cuyo caso se agravará la responsabilidad criminal (con la mitad superior o la elevación en grado de la pena), y se procederá después a reducir en uno o dos grados, en caso de delito preparado (si consta su punición expresa) o intentado. En diez años de existencia del tipo penal de pertenencia a organización o grupo criminal, no ha resultado siempre fácil apreciar en la práctica el delito, por la propia dificultad de la jurisprudencia para ir adaptándose a las normas que tipifican estas nuevas formas de criminalidad organizada, optando por la mera codeincuencia⁵².

51. LÓPEZ-MUÑOZ, cit., p. 64.

52. Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, "Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), 271/2014, de 25 de marzo (ROJ STS 1396/2014). Grupo criminal; codeincuencia y reincidencia; tres conceptos próximos en la criminalidad organizada", en *Ars Iuris Salmanticensis: Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de Derecho, Ciencia política y Criminología*, Vol. 2, N.º 2, 2014, pp. 293 ss.: en un delito de tráfico de drogas el Tribunal Supremo casa parcialmente la sentencia de instancia que había condenado por tráfico de drogas y pertenencia a grupo criminal a tres personas de un clan familiar, con la agravante a algunos de reincidencia en el primero de los delitos. Pese a que la sentencia reconoce la necesidad de hacer una valoración de la prueba conforme a todos los elementos indiciarios que confluyen, que revelaba "la existencia de cierta estructura con vocación de continuidad para seguir realizando la distribución y venta de cocaína, lo cual denota al menos la configuración de un grupo criminal", el Tribunal Supremo entendía que "no se ha llegado a probar que los tres acusados a los que se les atribuye la integración en grupo criminal llegaron a realizar conjuntamente otras acciones delictivas ajenas a la descrita que permitan aplicar el tipo de grupo criminal previsto en el artículo 570 ter b CP, por lo que nos hallamos ante un supuesto de mera codeincuencia en la modalidad de coautoría". También sobre la dificultad de la distinción la STS de 20 de febrero de 2019, "el simple consorcio ocasional"; o por el contrario "un concierto de

b) Sólo se castiga a los conspiradores al hecho. Pero se castiga a todos los miembros de la organización y a su promotor o promotores, aunque no llegara siquiera finalmente a crearse. c) La conspiración sólo se castiga en los delitos graves, con la pena reducida en un grado o dos. La organización o grupo criminal se castiga en cualquier delito, con pena autónoma, y en otros de forma expresa como agravante. La penalidad de la conspiración difiere, pues, según el tipo de delito que se pretende ejecutar, en tanto que la organización y el grupo criminal tienen una única pena, aunque también varía en función de la gravedad mayor o menor del delito objeto o fin de la organización o grupo, y la distinta participación, en el caso de la organización, de sus integrantes. d) En la conspiración es suficiente que haya dos personas concertadas para la ejecución del delito, mientras que en la organización y grupo criminal al menos deben ser tres los que formen parte de ellos.

En suma, si hay únicamente dos personas, es indiferente que el concierto se dirija a la comisión de uno o más delitos, ya que estaremos siempre ante un supuesto de codeincuencia; en el caso de que haya por lo menos tres personas, la finalidad de comisión de un solo delito definiría la codeincuencia, de una forma concertada o simultánea, espontánea o aleatoria, mientras que la de cometer más de un delito de forma reiterada podrá definir al grupo criminal.

4. LOS SUBTIPOS AGRAVADOS DE DELITOS COMUNES POR PERTENENCIA DE SUS AUTORES A ORGANIZACIONES O GRUPOS CRIMINALES

A) MODALIDADES TÍPICAS

Delitos contra la vida e integridad de las personas

La Ley Orgánica 1/2015 introdujo como novedad en los delitos contra la vida, homicidio y asesinato, la agravante de que el culpable **perteneciere a una organización o grupo criminal** (arts. 140.1.3.^a y 138.2a), castigándolo por vez primera con la pena de prisión permanente revisable cuando se trate de un asesinato, como puede ser el cometido por bandas de sicarios para ejecutar muertes por ajustes de

voluntades delictivas mucho más que un simple acuerdo transitorio de coparticipación", o la citada STS de 11 de mayo de 2017.

cuentas derivadas del narcotráfico⁵³. El legislador no contempló dicha agravación en todos los "*delitos contra la vida o la integridad de las personas*", como sí se indica en el art. 570 bis 3 en el caso de la organización criminal (extensible también al grupo), sino que la introdujo sólo en los delitos de homicidio y asesinato (aquél por remisión a éste). A su vez, la agravante plantea algunas cuestiones, como si el delito contra la vida debe tener vinculación con los fines de la organización o el grupo (nada se indica al respecto), si se trata de una agravante subjetiva u objetiva (entendemos que es subjetiva), esto es, aplicable a quien pertenece a la organización o grupo y comete el hecho criminal (*intraneus*), a quien no lo ejecuta pero lo ordena o dirige desde la cúpula (autor mediato), o incluso, lo que no será el caso, a quien comete o participa en el delito siendo ajeno a la organización (*extraneus*), supuesto en el que entendemos que sólo debería responder como autor o partícipe del delito contra la vida en concurso con el delito de colaboración en la organización criminal del art 570 bis⁵⁴.

Desde la entrada en vigor de la reforma del código penal de 2015, el 1 de julio de dicho año, sólo en contadas ocasiones los jueces han aplicado el delito de homicidio o asesinato agravados por pertenencia del autor a organización o grupo criminal: así por ejemplo en la SAP de Madrid de 8 de mayo de 2017⁵⁵, los jueces condenan por un delito de homicidio doloso, con la agravante de víctima menor de dieciséis años, pero no la de grupo criminal. En la misma línea, la SAP de Barcelona de 2 de enero de 2013 condenaba por una tentativa de asesinato las cuchilladas y golpes reiterados a la víctima en un acometimiento plural y repentino llevado a cabo por quienes fueron imputados pero finalmente absueltos de pertenencia al grupo criminal de los Latin King, hecho realizado con posterioridad a la entrada en vigor de la

53. Pudiendo ser apreciable la circunstancia de alevosía (aseguramiento de la muerte), recompensa o precio (encargos a sicarios de la propia organización), e incluso que la muerte del sujeto pasivo tenga lugar para facilitar un delito o evitar que otro anterior se descubra (lo que suele ser frecuente en casos de ajustes de cuentas por tráfico de drogas), todo lo cual sin duda cualifica la muerte a asesinato (art. 139).

54. Y ello aunque, como hemos advertido anteriormente, la pertenencia a la organización (no al grupo) y la cooperación tengan la misma pena, y que en estos delitos no se contempla ningún subtipo atenuado para atemperarla similar al art. 579 bis 4 del delito de terrorismo.

55. En que dos menores que afirman ser del grupo Trinitarios apuñalan a otro de catorce años numerosas veces en la cabeza y espalda, dejándolo malherido, y al que creían ser del grupo enemigo Ñetas. La agravante de pertenencia a grupo criminal se imputaba inicialmente a dos de ellos, no a un tercero, que sólo se limitó a presenciar la agresión.

Ley Orgánica 5/2010, pero que la sentencia no aplica fundamentándose en una serie de parámetros (sobrenombres, indumentaria, símbolos) o de seguimientos de los sujetos (reuniones, entrenamientos al aire libre con demostración de habilidades en el manejo de armas o en las peleas, etc.) que considera insuficientes para probar la integración y mantenimiento de los implicados en la fecha posterior a la entrada en vigor de dicha ley y en el momento de los hechos en el citado grupo⁵⁶.

En la STS de 22 de diciembre de 2015, uno de los miembros de la organización criminal Blood sí fue condenado como tal por probarse su culpabilidad por un delito de homicidio en una pelea con otro miembro de los Latin Kings⁵⁷. Pues con anterioridad a la reforma penal de 2015, cabía también la posibilidad de aplicar el concurso entre ambos delitos, homicidio o asesinato y el tipo penal de los arts. 570 bis o 570 ter⁵⁸. Y con anterioridad a la reforma penal de 2010, los jueces llegaron a aplicar a estos casos el delito de asociación ilícita⁵⁹. También la

56. Según Instrucción número 17/2014 de la Secretaría de Estado de Seguridad, se trataría de detenciones e identificaciones del sujeto en un contexto que lo relacione con otros miembros o actividades del grupo. Vid. también la SAP de Madrid de 5 de febrero de 2019, que absuelve a cuatro sujetos que causaron a otro una lesión leve en el transcurso de una discusión del delito de pertenencia al grupo criminal "Los Trinitarios", condenando por delito de lesión con la agravante de abuso de superioridad.
57. Se condena por un delito de homicidio consumado, y por delito de pertenencia a organización criminal como miembro activo con la finalidad de cometer delitos graves del art. 570 bis 1 y 3, a las penas de doce años y tres años respectivamente. Las penas fueron impuestas "en la mitad superior" por considerar relevante, dice la sentencia, "el papel del acusado que participa en un delito grave de los que la organización lleva a cabo".
58. La STS de 12 de julio de 2014 condena como culpables de robo y homicidio a quienes fueron sorprendidos en el lugar de los hechos por la víctima, a la que atacan propinándole numerosos golpes, y que pertenecían a un grupo criminal familiar y vecinal, dedicados al robo en zonas rurales del centro de España, con remisión a Rumanía de los botines para su venta.
59. La STS de 14 de febrero de 2012, respecto a unos hechos cometidos por una banda de sicarios colombianos que operaba en España, y era dirigida desde Colombia por el principal culpable, condenaba por un concurso entre un delito de asesinato y otro de asociación ilícita. La sentencia se centra en delimitar la diferencia entre miembro activo y un mero afiliado a la asociación, indicando que "parece cuestionable que el mero afiliado tenga que ser un miembro totalmente inactivo o pasivo, de modo que en cuanto realice cualquier actividad relacionada con la condición de afiliado se convierta ya en miembro activo, aunque su actividad se limite a intervenir en las reuniones y a abonar las cuotas". Pero una interpretación tan restrictiva del concepto de mero afiliado extendería en exceso el de miembro activo con respecto a un tipo penal que, dadas sus connotaciones formales y límites difusos, no parece razonable, dice la sentencia, interpretarlo de forma extensiva. Por ello, será miembro activo quien dentro de una organización ocupa una categoría intermedia, tal que sin ser un mero afiliado y teniendo alguna posición de

SAP de Madrid de 29 de septiembre de 2015 condenó a un ciudadano marroquí por un delito de lesiones y otro por ser miembro activo de la organización criminal "Los Trinitarios"⁶⁰.

En otros delitos contra la vida e integridad, por ejemplo las lesiones, no se contempla dicha agravación de pertenencia a organización o grupo criminal, a pesar de que con anterioridad a la reforma penal de 2010, se planteó la imputación por el delito de asociación ilícita creada para cometer delitos o para promoverlos una vez constituida a la denominada "Iglesia de la Cienciología", denunciada en su día por delitos de lesiones y contra la libertad, amenazas y coacciones, además de intrusismo y usurpación de funciones (SAP de Madrid de 28 de

ascendencia en el grupo, no alcance sin embargo a tener una función de alta dirección o alto mando, sino un mando meramente intermedio que no llega a ocupar la cúpula de la organización. Y también deben subsumirse en tal concepto aquellos miembros que se signifiquen por un incuestionable activismo violento. No lo sería cuando no haya sido condenado por ninguna actividad delictiva en la presente causa, ni tampoco porque en alguna otra ocasión haya intervenido en conductas delictivas o haya sido imputado por ellas; ni cuando sólo se acrediten contactos personales con algunos miembros del grupo, o alguna asistencia a reuniones y conversaciones telefónicas con algunos de los coimputados. También la STS de 12 de diciembre de 2013, absolviendo del delito de asociación ilícita a sujetos por no quedar acreditada su pertenencia a la banda latina Dominican Don't Play.

60. Es condenado a dos años de prisión por las lesiones y a otros dos de prisión junto a una inhabilitación especial para todas aquellas actividades económicas o negocios jurídicos relacionados con la actividad de la organización o grupo criminal a que pertenecía, por tiempo de diez años, al herir a un menor de edad, en la creencia de que pertenecía a la banda Dominican Don't Play, al grito de "patria y saca el mocho".

Absuelve en cambio de pertenencia a la banda organizada Netas la SAP de Madrid de 9 de octubre de 2019, respecto de un sujeto acusado de golpear a otro con un machete, causándole lesiones: los testigos presenciales no refieren expresiones o símbolos que pudiera haber proferido o portado el acusado y lo vinculen a la organización criminal. Que se oyera una música de fondo en la que se identificara la expresión "Ñeta", o que alguno de los partícipes dijera "decora", como afirman la propia víctima y los testigos, no se consideró prueba suficiente de la pertenencia a la banda, ni siquiera tampoco una testifical-pericial de un agente de policía especializado en organizaciones criminales ("pericial de inteligencia"), pese a afirmarse que la intervención policial se produce en un lugar, "plaza oculta", de reunión de la banda, y de que testigos directos pusieran en boca del acusado expresiones como "Netas hasta la muerte". Concluye por tanto el Tribunal que la aplicación de las máximas de la experiencia por la cualificación profesional de los agentes que las obtienen no puede suplir la función de análisis del material probatorio aportado al plenario, pese a la duda que suscitó que en uno de los brazos del acusado se observaran dos tatuajes, uno de estrella y otro de corona. Respecto de este último, el agente afirmó que era utilizada por la banda "Latin Kings". Desde dicho presupuesto, carecería de sentido, concluyó la Sala, que el acusado que lo es de pertenecer a la banda "Netas", lleve en su brazo un tatuaje de los "Latin Kings". En esto se basó su absolución por el delito de pertenencia a organización criminal.

noviembre de 2001)⁶¹, o en innumerables casos de delitos de desórdenes públicos y resistencia a la Autoridad llevados a cabo por grupos organizados (SAP de Madrid de 28 de noviembre de 2005), o de abortos ilegales por titulares de clínicas médicas (SAP de Barcelona de 16 de junio de 2016).

Algunos autores ponen de manifiesto una tendencia hacia una mayor sofisticación en los métodos instrumentales utilizados por parte de los grupos de delincuencia organizada acompañada de un descenso de la violencia manifiesta. La tasa de delitos contra la vida constituye siempre en cualquier caso un indicador idóneo para conocer la evolución del crimen organizado y tener una referencia para una estadística de comparación a nivel internacional⁶².

Consciente el legislador de la proliferación de grupos de delincuencia organizada especialmente de carácter transnacional que cometen delitos contra la vida y la salud de las personas, haciendo uso, como indica el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2019, de la violencia, el engaño, las amenazas, o, en el caso del tráfico de órganos, aprovechando situaciones de precariedad del supuesto donante para adquirir altos beneficios⁶³, tuvo a bien explicitar los supuestos de actuación de organización o grupo criminal en este delito, que, desde la reforma

61. Igualmente pueden citarse todos los casos de grupos organizados, como sectas o cultos, cuyos líderes, para reforzar su poder o lograr la sumisión de sus acólitos o como medida privilegiada para no perder su posición de privilegios, matan o inducen a morir a miembros de la secta, o, en otros casos, se trata de ajustes de cuentas o ejercicio del sicariato, pudiendo llegar a convertirse además en asesinos múltiples, vid. GARRIDO /JIMÉNEZ /GALVIS/CAÑADAS: El homicidio múltiple en España, 2019, p. 49 y pp. 165 ss.
62. GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS / DE LA CORTE IBÁÑEZ/REQUENA ESPADA / DE JUAN ESPINOSA: "La medición y evaluación de la criminalidad organizada en España: ¿misión imposible?", en Revista Española de Investigación Criminológica, 7, 2009, p. 24.
63. En España fueron pioneros los procesamientos y condenas del Auto n.º 3 del Juzgado de Instrucción de Valencia de 2 de julio de 2015, captar a personas para donar parte de su hígado y a otras como receptores, a cambio de recompensa, llegando a realizarse pruebas de sangre y volumetría para comprobar la compatibilidad, siendo finalmente rechazada la intervención por la Comisión ética de la Clínica médica al observar indicios de delito. O las sentencias de la AP de Barcelona de 13 de octubre de 2016 y del TS de 27 de octubre de 2017, de condena a un padre y sus dos hijos por ofrecer a un amigo la extracción y venta por seis mil euros de un riñón a uno de los hermanos, realizándose pruebas de compatibilidad, con uso además de tarjeta sanitaria del otro hermano, que lo suplantaba. Los jueces afirmaban su naturaleza de delito de mera actividad, excluyendo la eximente de estado de necesidad plena al enfermo, que iba a ser supuestamente trasplantado, por encontrarse en tratamiento de diálisis, sin riesgo para su vida, y descartando el error o desconocimiento de la norma penal, pues el error de subsunción técnico-jurídico es en estos casos irrelevante.

de 2010, se tipifica en el art. 156 bis, de forma análoga al tratamiento en estos supuestos del delito de trata de seres humanos, con el que se encuentra tan vinculado, y del que es un delito fin. Así, el art. 156 bis impone la pena superior en grado e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable **perteneciere a una organización o grupo criminal dedicado a la realización de tales actividades**. Si concurriera alguna agravante, se impondrán las penas en la mitad superior. Al jefe, administrador o encargado de dichas organizaciones o grupos se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado, y en todo caso se elevará, si concurriesen agravantes⁶⁴. Una circunstancia similar a la contemplada en el delito de trata de seres humanos, pero en este caso como particularidad, el carácter peculiar de accesoriedad, y no de principalidad, de la pena de inhabilitación. La Ley Orgánica 1/2019 llevó a cabo además una ampliación considerable de las conductas típicas de este delito, incluyendo el tráfico ilegal de órganos de personas fallecidas, así como incidiendo expresamente en la extracción y el trasplante, conductas de ejecución, y no sólo en las periféricas, como hasta entonces.

Delitos de trata de seres humanos y de explotación sexual y laboral

El delito de trata de seres humanos, introducido por la reforma del código penal de 2010, se puede también agravar (art. 177 bis 6) cuando, en una expresión ya en desuso en la legislación penal, "*el culpable perteneciere a una organización o asociación*", pero se añade, "*de más de dos personas*", "*incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades*", castigándolo con la pena superior en grado, o bien con la mitad superior (si concurre con otras agravantes). Se contempla también la cualificación de jefatura, castigada igualmente con la mitad superior de la pena, o eventual aumento de grado⁶⁵.

64. Sobre la adaptación del art. 156 bis al Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra el Tráfico de Órganos de 2014, en vigor desde el 1 de marzo de 2018, firmado en Santiago de Compostela, y al que España se adhirió en 2019, véase GÓMEZ RIVERO: "*El Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el tráfico de órganos humanos. Principios e implementación en el ordenamiento español*", en GALÁN MUÑOZ / MENDOZA CALDERÓN: *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional*, 2019, p. 77.

65. Como sentencias condenatorias pueden citarse las SSTS de 18 de diciembre de 2015, de 25 de mayo de 2016, SAP de Madrid de 2 de junio de 2016, captación de mujeres, para explotación sexual; y SSAP de Madrid de 19 de mayo de 2015 y de 24 de octubre de 2014, hechos cometidos por clanes familiares. Sobre trata de personas

violencia, la intimidación, el engaño, el abuso o los pagos o beneficios a quien tiene el control sobre la víctima, serán las formas habituales de proceder en las distintas fases en que se desenvuelve el delito.

Los jueces han apreciado este tipo agravado de organización criminal cuando haya quedado acreditado un reparto de funciones entre los miembros integrantes. De este modo, la STS de 15 de marzo de 2017 confirma la de la AP de Madrid de 2 de junio de 2016, que condenaba por delito de trata de personas agravado por pertenencia a organización criminal, contra cuatro personas, porque *"el reparto de funciones entre los varios intervinientes asegurando la traída, llegada y explotación de las víctimas permite subsumir la conducta en la organización"*. Dicho delito a su vez entraría en concurso ideal con un delito de prostitución coactiva, agravado igualmente por dicha circunstancia, además de un delito contra los derechos de los extranjeros, agravado también por el hecho de pertenecer a organización criminal⁶⁹. La relación concursal entre el delito de trata de seres humanos y los delitos de inmigración clandestina y prostitución coactiva es de *"concurso real respecto al primero por tratarse de bienes jurídicos distintos e instrumental o medial respecto al segundo"* (STS de 27 de octubre de 2016⁷⁰), siendo la trata de personas un delito de mera actividad, y la explotación sexual una fase de agotamiento de aquél (STS de 5 de abril de 2016), pero la agravante de pertenencia a organización, común a los tres delitos (no el grupo criminal en el delito del art. 318 bis), es compatible y no excluyente en uno y otro (STS de 13 de noviembre de 2019). En otros casos se termina absolviendo de los delitos de los arts. 570 bis y 570 ter, cuando *"no consta que existiera más que un concierto fortuito para captar y prostituir"* a la víctima en España, *"ni actividad parecida en relación a ninguna otra*

delitos que a su vez pueden entrar en concurso real con otros (Acuerdo del Pleno del TS de 31 de mayo de 2016).

69. En la sentencia se analiza la penalidad procedente al delito, y se distingue la que debe imponerse a quien resulta ser el jefe de la organización y a quien es miembro o partícipe en la misma, y dentro de ella tiene en cuenta que son cuatro las personas sobre las que se actúa. Teniendo en cuenta todos estos factores, la sentencia finalmente impone una pena de ocho años y un día de prisión, que se eleva a diez por concurrir idealmente con un delito de explotación sexual, y así tantos como víctimas fueron tratadas y explotadas (cuatro), además de la pena por un solo delito contra los derechos de los extranjeros, en el que sí se distingue por la sentencia más claramente entre el único jefe, imponiendo una pena de ocho años de prisión, y el resto de miembros de la organización, que fue de seis años de prisión.
70. También Acuerdo del Pleno del TS de 26 de febrero de 2008 y STS de 2 de marzo de 2010.

víctima ni antes ni coetánea ni posteriormente" (SAP de Valencia de 2 de diciembre de 2016).

El delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros o de inmigración ilegal (art. 318 bis 3a) se agrava, pues, por la misma circunstancia, cuando el delito se cometa en el seno de una **organización criminal (no grupo)** que se dedique a estas actividades, que la jurisprudencia había calificado como de difícil conciliación con el art. 570 bis (SAP de Huelva de 4 de diciembre de 2002, SAP de Madrid de 2 de abril de 2018⁷¹). Y en relación a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, tanto el tipo penal de agresiones y abusos sexuales a menor de dieciséis años (art 183.4f) como los delitos relativos a la prostitución (art. 187.2b) contienen también esta agravación, castigándose con la mitad superior de la pena cuando el delito se haya cometido en el seno de una **organización o grupo criminal** que se dedique a estas actividades⁷². También en los delitos relativos a la prostitución y corrupción

71. Encargarse de forma habitual del traslado de mujeres provenientes de China usando vehículos de su propiedad, en el seno de una organización estable, jerárquica y con reparto de funciones por el que se captaban víctimas que eran transportadas a España para ejercer la prostitución en distintos locales interrelacionados entre sí, advirtiéndose una actividad habitual de carácter transnacional.

Vid. sobre inmigración y delincuencia organizada, SERRANO MAÍLLO: *"Limitaciones del enfoque del modelo organizado de delincuencia para el estudio de la inmigración ilegal"*, en GALÁN MUÑOZ /MENDOZA CALDERÓN: *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional*, 2019, pp. 221 ss.: se trata de un mercado ilegal compuesto por grupos independientes, individuos que intervienen cada uno en las diferentes fases del delito, sin apenas coordinación entre ellos, trabajo especializado y sin colaboración con otros grupos. Algunos intervienen en tareas *ad hoc*, sin formar parte permanente de una organización criminal. Y, además, la coordinación depende de que se desempeñen roles diferentes, no intercambiables, y de que se participe en una misma etapa del delito, el transporte, o la explotación, cooperándose entre sí los que participan en una etapa u otra, pero no unos con otros en las distintas fases (p. 230 s.).

72. En ese sentido, por ejemplo, la STS de 3 de mayo de 2017 condena por delito de explotación sexual agravado por pertenencia a organización criminal, en la que si bien no pudo acreditarse una estructura claramente jerárquica o piramidal, sí pudo apreciarse la existencia de diversas tareas o roles y dos niveles de actividad claramente diferenciados, y que la actividad desplegada requería de una estructura compleja de mucha mayor entidad ofensiva que la que caracterizaría a un grupo criminal, lo traía desde Nigeria hasta España, atravesando diversos países de África, lo que requería de la utilización de importantes medios personales y materiales en la captación y el posterior traslado, y de medios financieros, confección y entrega de documentación necesaria para el ejercicio de la actividad. En definitiva, *"una actividad que, al desarrollarse en el ámbito internacional y requerir la utilización de medios personales y materiales, sólo puede apreciarse en el ámbito de una organización criminal"*.

de menores (arts. 188.3f y 189.2f) se contemplan penas superiores en grado, si bien en esta ocasión el legislador mantiene, como en la trata de personas, la redacción antigua de la agravante, "*cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades*". Pero, curiosamente, en estos delitos contra la libertad o indemnidad sexual no se contempla la agravante por jefatura o liderazgo. Asimismo, como apuntamos más arriba, en el delito de agresión y abuso sexuales a menores de dieciséis años, y en el relativo a la prostitución, se contempla la agravante de actuación conjunta de dos o más agresores (arts. 180.1.2.^a, 183.4b y 188.3e), por lo que la distinción entre grupo criminal y actuación conjunta (cuando sean de tres o más personas) se hace aquí aún más necesaria.

Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico

Uno de los delitos habituales de las organizaciones y grupos criminales son los delitos patrimoniales y de índole socioeconómico. La Ley Orgánica 1/2015 extendió también a los delitos de hurto y de robo con fuerza en las cosas (arts. 235.1.9.º, 240.2, 241.4 y 244.3) la agravante de pertenencia a organización y grupo criminal. Contempló penas graves, de prisión hasta incluso de seis años, cuando el delito se cometa por quien participe como miembro de una **organización o grupo criminal** que se dedique a la realización de delitos, que, además en estos casos, estén comprendidos en el mismo título y sean de la misma naturaleza⁷³.

El legislador, consciente del incremento de las llamadas bandas de "alunizeros"⁷⁴, modificó en este sentido el párrafo 4 del art. 241 del código penal, cuando se refiere a los hechos constitutivos de robos cometidos en casa habitada o establecimientos abiertos al público, en o fuera del horario de apertura, que puedan revestir "*especial gravedad*", atendiendo a la forma de comisión del delito (mediante butrón

73. En los últimos años no han dejado de proliferar en España las mafias georgianas de robos en vivienda y grupos de extorsión (SAP de Madrid de 17 de abril de 2017), así como las mafias de ocupación ilegal de viviendas y amenazas a inquilinos en caso de impago: a veces los propietarios de viviendas vacías encargan su vigilancia a terceros para evitar la ocupación, y son éstos quienes terminan perpetrando la ocupación y el arriendo ilegal a otras personas.

74. Ladrones de coches de alta gama para reventar escaparates, como las bandas de alunizeros de los apodados "Goyito", "Cáser" o "Niño Sáez".

o alunizaje), o bien a los perjuicios ocasionados, hasta el punto de que podría este delito resultar castigado con más severidad que incluso un robo con violencia o intimidación en las personas, cuya pena de prisión nunca llega a alcanzar los seis años. Porque al tipo agravado de robo con fuerza en las cosas en casa habitada o establecimiento abierto al público le puede ser aplicable algunas de las agravantes previstas para el hurto en el art. 235, o la especial gravedad por la forma de comisión del delito. Ello fue obra del Proyecto de reforma del Código penal en su redacción de septiembre de 2013, que ya indicaba que “se incluía un nuevo supuesto agravado de robo con fuerza determinado por el modo de comisión (butrones, alunizajes)”. Pero en estos delitos, además de la agravante de pertenencia a organización o grupo criminal (art. 235.1.9.º), se contempla la agravante de multireincidencia, la condena por tres delitos anteriores comprendidos en el mismo Título y de la misma naturaleza, que no haya sido cancelada ni cancelable (art. 235.1.7.º). Sin embargo, en este caso, la agravante no se aplica cuando los antecedentes lo sean por delitos leves, pues aunque nada se especifique en el artículo (que se refiere a los “delitos” en general), los principios de proporcionalidad, culpabilidad, non bis in ídem y prevención general positiva y especial, han sido traídos a colación por la jurisprudencia para impedirlo (STS de 28 de junio de 2017), en el sentido de que si la escasa ilicitud del delito previo no es suficiente para incrementar las penas por otros delitos en caso de reincidencia, no parece adecuado apartarse de esta formulación de la agravante para exasperar un delito leve de hurto, saltándose incluso el tipo básico.

Los jueces han condenado por estos delitos, reafirmando en que no es necesario que todos los partícipes intervengan en todos y cada uno de los hechos, sino que al menos las tres personas que requieren los arts. 570 bis y ter mantengan una continuidad temporal y un mismo modus operandi (SAP de Baleares de 28 de julio de 2017, SAP de Lleida de 21 de enero de 2017). Lo importante en el delito de pertenencia al grupo criminal es la existencia de una cierta estructura estable, personal y material, indican estas sentencias, con una gestión de temas, de suerte que no todos tengan que hacer de todo sino que puede haber situaciones en que alguno del grupo tome determinadas iniciativas sin que resulte necesario que se actúe en clave asamblearia⁷⁵.

75. En cambio, excluyó el delito de pertenencia a organización criminal la STS de 6 de febrero de 2018, en el caso de sustracciones de vehículos que otros (receptadores de buena fe, al no quedar probados todos y cada uno de los elementos configuradores de la organización criminal, particularmente estafadores) vendían a terceros de buena fe, al no quedar probados todos y cada uno de los elementos configuradores de la organización criminal, particularmente

No deja de resultar curioso que en otro delito contra el patrimonio, el delito de estafa, no se contemplara la agravante de pertenencia a organización o grupo criminal, aunque sí la multireincidencia (art. 250.1.8.º), o la de afectación de elevado número de personas (art. 250.1.5.º), incluso de manera continuada (art. 74.2)⁷⁶, sobre todo porque sí está penada la persona jurídica (art. 251 bis). Y es que la estafa, y sobre todo la estafa cibernética, son en la actualidad formas de operar habituales de las organizaciones y grupos criminales: desde la estafa nigeriana y todos sus derivados⁷⁷, secuestro de equipo

la jerarquía entre los sujetos y la financiación. Por ejemplo, respecto al reparto de beneficios entre los integrantes de la organización, no hay descripción alguna de la manera concreta en que tal reparto se llevaba a cabo. Y, además, no se trataba del hecho de que los autores del robo de vehículos distribuyesen los automóviles a través de los miembros de su organización, sino que los vendían a comerciantes, quienes los revendían a su vez a los futuros usuarios. Por tanto, no cabe hablar, indica la sentencia, de relaciones orgánicas o de subordinación entre estos comerciantes y los ladrones, porque aquéllos manejaban su negocio con plena autonomía, siendo su única relación con la banda de delincuentes la compra de los vehículos robados.

Pero sí se condena en cambio a otros sujetos por pertenencia a grupo criminal, a quienes se les veía entrar o salir de las viviendas con grandes bolsas, coincidiendo con el horario de los robos, con distintos útiles (STS de 19 de julio de 2018), normalmente de madrugada (SAP de Badajoz de 20 de noviembre de 2018), aplicándose el art. 570 quáter en un robo con fuerza en las cosas en casa habitada y establecimiento abierto al público, revistiendo especial gravedad, por superar el valor de los efectos sustraídos en los distintos robos los 50.000 euros, y por participación de los autores como miembros de un grupo criminal. En otras ocasiones, mediante el uso de llaves falsas (ganzúas) para acceder a las viviendas, con reparto de tareas en las sustracciones, concertación y coordinación, estabilidad, y uso profesional de herramientas para violentar las cerraduras por parte de una organización criminal (STS de 13 de diciembre de 2018).

76. En ocasiones se trata incluso de estafas agravadas por la cuantía de la defraudación, superior a 50.000 euros (art. 250.1.5.º), o a 250.000 (art. 250.2), incluso de manera continuada, o en masa (art. 74.2 e inciso 2 del art. 250.1.5.º), aunque individualmente no superasen dichas cuantías: vid STS de 6 de febrero de 2020, proveedores de chatarra puestos de acuerdo con empleados de clasificación de empresa para su transformación en acero, que efectuaron un descuento por material estéril muy inferior a la cantidad que realmente estaba mezclada con la chatarra útil, de manera que la empresa pagaba por chatarra convertible lo que eran sólo materiales estériles inservibles para la transformación, produciéndose casi 800.000 euros de defraudación, sin que ninguna de las acciones superase los 50.000. La Sentencia excluye el delito continuado y seis voluntades para cometer estafa, con reparto de funciones dirigidas al fin ilícito, pero sin una prolongación temporal del grupo para la ejecución de otros delitos.
77. Supuestos consistentes en hacer creer a la víctima haber recibido una cantidad dineraria por una herencia, premio, un paquete postal (STS de 22 de junio de 2017), o casos de llamadas de teléfono con tarificación adicional, relacionadas con ofertas de trabajo, solicitudes de contacto de amistad, etc., encubren una verdadera trama grupal de estafas piramidales, o en masa.

informático⁷⁸, secuestros *express*⁷⁹ o falsos secuestros, el cibercrimen con hackers y expertos informáticos sofisticadas que cuentan como las manipulaciones informáticas (art. 248.2), el uso indebido de tarjetas de crédito o débito (arts. 248.2c y 399 bis 1), incluidas la posesión, fabricación, introducción o facilitación de programas informáticos o tarjetas específicamente destinados a cometer delitos (arts. 248.2b, 399 bis 2, 400), o la propia falsificación de las tarjetas de crédito (art. 399 bis), delito en el que sí se contempla el subtipo agravado cuando el delito se cometa en el **marco de una organización (no grupo) criminal dedicada a estas actividades**⁸⁰. Vinculado a ello, en los daños a equipos informáticos (arts. 264.2.1 y 264 bis 2), se castiga también el hecho de cometer el delito en el **marco de una organización criminal**, aunque aquí tampoco se contempla el grupo ni se indica que la organización se dedique a estas actividades, pudiendo tratarse de una organización más compleja⁸¹, mientras que para otro

78. Sobre los cibercrimes, véase TOVAL MARTÍN; cit. pp. 44 ss., phishing (engaño mediante la ingeniería digital, o por teléfono, webs falsas, *scam*), *pharming* (manipulación o "secuestro" de ordenador), etc. También MAGAZ ALVÁREZ, cit., pp. 229 ss.

79. Los secuestros extorsivos *express*, de uso frecuente desde la década de los años noventa, no suelen ser perpetrados por grupos organizados, dado su tamaño, ausencia de estructura mínimamente definida, escasa proliferación de sus miembros o ausencia de continuidad en sus colaboraciones, DE LA CORTE IBÁÑEZ / GIMÉNEZ SALINAS FRAMIS, Crimen org. Evolución y claves de la delincuencia organizada, 2010, p. 396. Tampoco en el delito de secuestro se contempla agravante alguna por cometerse en el seno de organizaciones o grupos criminales, pese a ser uno de los más habituales (vid. no obstante sobre corrupción de Estado los arts. 167.2b y 607 bis 2.6.º).

80. Véase por ejemplo la STS de 25 de octubre de 2017. La lesión que estos delitos producen al Estado y a la economía justifica que sea uno de los incluidos bajo el principio real, atribuyendo la competencia al Estado español con independencia de la nacionalidad del sujeto activo o pasivo y del lugar de comisión (art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). En cambio, curiosamente, en el delito de falsificación de monedas y efectos timbrados (art. 386.4), se dispone que se impondrán las consecuencias del art. 129, cuando el delito se haya cometido en el **seno de una organización o grupo criminal que se dedique a estas actividades**.

81. Que cometa por ejemplo atentados contra la intimidad de las personas mediante medios telemáticos: la Ley Orgánica 1/2015 trasladó igualmente a los delitos de descubrimiento y revelación de secretos la agravación derivada de la comisión del hecho en el seno de una organización o también grupo criminal (art. 197 quáter), castigando incluso a la persona jurídica (art. 197 quinquies). Pero hasta ahora, salvo error u omisión, es un subtipo agravado prácticamente simbólico. Un agravamiento de conductas en consonancia además con lo dispuesto en materia de terrorismo en el art. 573.2.

tipo de daños los jueces aplican el concurso con el delito del art. 570 bis (STS de 3 de diciembre de 2019⁸²).

En cualquier caso, como puede apreciarse, se trata de una regulación densa y desigual, si la comparamos por ejemplo con otros delitos contra el orden socioeconómico como los relativos a la propiedad intelectual o industrial (arts. 271c y 276c), de habitual comisión igualmente por grupos organizados, en los que también se contempla un tipo penal cualificado para cuando el culpable **perteneiere** a una **organización o asociación**, diciéndose que incluso de carácter **transitorio**, que se dedicare a **estas actividades**, respecto de los cuales los jueces han destacado su especial antijuridicidad, inédita en este tipo de delitos, al pretender los autores ampararse en las teóricas dudas sobre la legalidad de este tipo de conductas de comunicación de contenidos en Internet, para enmascarar su plena conciencia de ilegalidad, por su propio *modus operandi*⁸³. De especial significación es también entre los delitos contra el orden socioeconómico el tipo cualificado del blanqueo de capitales (art. 302.1) cuando se haya cometido en el **seno de una organización criminal (no grupo)** que se dedique a **estas actividades**⁸⁴. Una actividad de blanqueo que suele ser muy frecuente en

82. Condena a tres personas integrantes de la organización Latin King por pertenencia a ésta junto a un delito de daños ocasionados en el vehículo de la víctima y por lesiones. Un primer miembro intenta echar del lugar a la víctima (canchas deportivas cercanas a una estación del metro de Madrid). Al negarse, vuelve con otro integrante, y más tarde con un tercero, comenzando entonces la agresión.
83. Por ejemplo, la SAN de 5 de febrero de 2016 castigaba por un delito contra la propiedad intelectual poner a disposición en Internet durante tres años para su visionado publicaciones periódicas sin autorización de los titulares de los derechos sobre dichas obras. Indica la sentencia que esta organización, formada de siete personas, tenía carácter estable, que la organización puede llegar a especializarse y convertirse en un "*método de vida*", en una organización criminal profesional. Y que en este caso existía un reparto de funciones, administrar y explotar la web, conseguir las publicaciones y subirlas al servidor, supervisarlas, actuando la organización como instrumento medial para la comisión de los hechos. Se recalca por la sentencia la especial antijuridicidad por el *modus operandi*, colocarse en el burladero del administrador de páginas webs, por lo que la pena aplicable debe hallarse en el triángulo de la culpabilidad, la prevención general y la especial, esto es, retribuir el mal según la culpabilidad del autor, reeducarlo, y proteger a la sociedad de su recidiva dando ejemplaridad. Apreciaba antes de la tipificación del delito de organización criminal el de asociación ilícita la SAP de Zaragoza de 22 de febrero de 2008, almacenamiento por cuatro sujetos en varios pisos de material pirata infraestructura personal para venta a gran escala, no siendo meros vendedores ambulantes o callejeros sino eslabones anteriores de la cadena que almacenaban ese material y lo distribuían a los vendedores recogiendo los beneficios.
84. Vid. CUESTA SAHUQUILLO, "*Blanqueo de capitales*", en MAGAZ ALVÁREZ, op. cit. pp. 255 s; ABOSO, *Criminalidad organizada y Derecho penal*, cit. pp. 287 ss.

toda organización delictiva, la inversión o reinversión de las ganancias ilícitas para evitar el decomiso⁸⁵, por lo que entendemos que habrá que exigir que la organización blanqueadora del art 302.1 se dedique sólo a esto, y haya sido creada con este fin, blanquear bienes procedentes de delitos cometidos por otros, como por ejemplo blanquear actividades del narcotráfico o de la corrupción, que son sus tipos agravados, excluyéndose en este sentido el autoblanqueo. La cuestión es que al tratarse el blanqueo de bienes de una actividad delictiva normalmente instrumental, no será fácil desagregar los referidos únicamente a casos de crimen organizado, de datos de blanqueo referidos a otras muchas actividades que puedan cometer sus miembros sin vinculación con la organización. De este modo, el Tribunal Supremo, en sentencia de 8 de marzo de 2017, señalaba la necesidad de *"desvincular el cuadro indiciario relativo al tipo básico del blanqueo, de toda referencia a la relación con personas, grupos u organizaciones, para sustituirla por relación con una 'actividad delictiva', que es lo que exige el tipo básico como procedencia de los bienes, y construir un nuevo cuadro indiciario referido específicamente al tipo agravado"*. En los últimos años, los Estados estrechan el control del circuito financiero mediante la delegación de funciones de vigilancia a particulares (bancos) para supervisar todas las transacciones económicas provenientes sobre todo del exterior, en los términos establecidos en la Ley 10/2010, de 28 de abril, y el Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, y en la Directiva 2018/843 del Parlamento europeo y del Consejo, de 30 de noviembre, por la que se modifica la de 2015/849.

La moderna doctrina jurisprudencial mantiene asimismo una relación de concurso de normas entre el delito de blanqueo de bienes y la defraudación tributaria, cuando no se lleva a cabo la declaración fiscal de las ganancias ilícitas provenientes de actividades delictivas⁸⁶, incluidas las de la propia empresa criminal (art. 310 bis). Más aún si tenemos presente que en los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social (art. 305.2a), la Ley Orgánica 7/2012 introdujo importantes novedades. Ante tributos de declaración periódica, se estará a lo defraudado en cada período impositivo, y si es inferior a doce meses, se referirá al año natural. Pero cuando el delito se cometa

85. Y que se manifiesta a través de conductas como saldar cuentas comunes con el dinero ilícito, crear cuentas "puente", o transformaciones con distintos destinos, empleando el sector inmobiliario y los denominados sistemas de compensación como distanciamiento entre quien da y recibe, lo que implica incluir a diversos intermediarios.

86. Cfr. SAP de Barcelona de 12 de febrero de 2008 y STS de 30 de octubre de 2008.

en el seno de una organización o grupo criminal, en impuestos de declaración periódica, el delito será perseguible desde que se alcance dicha cuantía (120.000 euros), sin esperar al transcurso del año natural, consumándose anticipadamente en previsión de una posible ocultación o disolución de la organización⁸⁷. Además de ello, la Ley Orgánica 7/2012 dedicó un artículo, el 305 bis, al tipo agravado de fraude fiscal, castigándolo con la pena de prisión de dos a seis años y una multa del doble al séxtuplo de la cuota defraudada cuando la defraudación se cometiere en el seno de una organización o un grupo criminal. E igualmente ocurrió con el delito de fraude a la Seguridad Social (art. 307 bis 1b), y con el tipo agravado de fraude de prestaciones (art. 307 ter 2), ambas importantes novedades de la reforma de 2012, encaminada a proteger la función del gasto de la Seguridad Social, especialmente en materia de desempleo, agravando asimismo la pena por esta circunstancia. Llama la atención que en estos delitos se tipifique incluso el subtipo agravado por pertenencia a grupo criminal, pese a la envergadura de los hechos, habitualmente el llamado "fraude carrusel" (SJP de Albacete de 6 de octubre de 2010)⁸⁸, ante supuestos de entramado de empresas pantallas en círculo que comienzan de nuevo el ciclo de la defraudación. La reforma de 2012 desdoblaba así las agravaciones de "especial trascendencia" y "gravedad" de la defraudación, atendiendo al importe de lo defraudado, o a la existencia de una estructura organizativa que afectaba o podía afectar a una pluralidad de obligados tributarios, por ejemplo, sirviéndose de una "puesta en escena" de sociedades o entramado engañoso (SAP de Valladolid de 20 de enero de 2006). Más actualmente, la SAP de Málaga de 30 de noviembre de 2016 aprecia el subtipo agravado en la conducta constitutiva de una promoción inmobiliaria puesta en marcha para idear un plan defraudatorio con el fin de reducir a cero la base tributaria del impuesto de sociedades, o cuando se constituyen varias sociedades a nombre de testaferros, dando de alta

87. En el fraude fiscal contra la Hacienda comunitaria, se estableció asimismo en el párrafo 3 del art. 305 que *"en los casos en los que la defraudación se lleve a cabo en el seno de una organización o grupo criminal, o por personas o entidades que actúen bajo la apariencia de una actividad económica real sin desarrollarla de forma efectiva, el delito será perseguible desde el mismo momento en que se alcance la cantidad fijada en este apartado"* (50.000 euros), aunque sea inferior al año natural.

88. Véase sobre el fraude carrusel ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *"Tratamiento jurídico penal de las sociedades instrumentales"*, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ / BALLESTEROS SÁNCHEZ, cit., pp. 234 ss.; PAÍNO RODRÍGUEZ, cit., p. 171 s.; también ampliamente FERRÉ OLIVÉ: *Tratado de los delitos contra la Hacienda pública y contra la Seguridad Social*, 2018, p. 547.

o grupo criminal. Afirma GOTZSCHE⁹⁰ que la industria farmacéutica transmite a la población un mensaje de tranquilidad acerca de que los medicamentos son siempre buenos y eficaces, que los preparados han sido testados cuidadosamente, y que las autoridades sanitarias estricta y escrupulosamente han examinado su permisividad. Pero en cambio, este autor pone de manifiesto algunos escándalos de estafas y corrupción de farmacéuticas acaecidos en los últimos años en todo el mundo. Por ejemplo, el caso Hoffmann-La Roche fue calificado como el "*cártel criminal más grande y peligroso*", el "*mayor narcotraficante*", y "*el mayor ladrón de todos los tiempos*". Operando en Asia y Europa, urdieron un plan para acordar precios imaginarios de medicamentos que les reportó cuantiosos beneficios, siendo su director condenado a sólo cuatro meses de cárcel, aunque a una multa de un millón de dólares. Además, en el período comprendido entre las dos guerras mundiales, Roche y otros grupos farmacéuticos participaron en el tráfico de opio, morfina y heroína, en Gran Bretaña, Suiza, Alemania, Japón y los Estados Unidos. A su vez, compró al Gobierno de éste y de otros países medicamentos para prevenir la epidemia de gripe del año 2009 por valor de millones de euros y dólares, ocultando los datos de sus estudios clínicos y negándose a ponerlos a disposición de expertos independientes, sobre los que afirmaba que dichos medicamentos disminuían el número de ingresos hospitalarios, los efectos secundarios, y el número de infecciones respiratorias, lo que no resultó probado⁹¹. Los autores de estos hechos consideraron las penas como parte

90. Tödliche Medizin und organisierte Kriminalität: wie die Pharmaindustrie das Gesundheitswesen korrumpiert, 2015, pp. 53 ss., citando a Paracelso, quien hace más de quinientos años afirmaba que algunos medicamentos pueden llegar a convertirse en veneno, y sólo se diferenciarían de éste en la correcta dosis empleada, que es preciso encontrar para que el beneficio supere al daño que pueda ocasionar al paciente, para en definitiva contrarrestar los efectos secundarios.

91. Otros casos fueron los siguientes, destacados por GOTZSCHE, op cit. pp. 60 ss.: Pfizer, condenada en 2009 por la justicia americana a pagar 2,3 millones de dólares por venta ilegal de medicamentos; Novartis, en 2010, a 423 millones de dólares (al trucar con falsa información programas estatales de salud sobre seis medicamentos, entre ellos Trileptal, contra la epilepsia); Sanofis-Aventa, en 2009, por estafa, a 95 millones de dólares (por falsificar los precios de algunos medicamentos, como los sprays nasales); GlaxoSmithKline, en 2011, a tres millones de dólares (comercializando medicamentos para enfermedades para los que no estaban indicados, entre ellos antidepresivos y contra el asma o la diabetes); AstraZeneca, en 2010, a 520 millones de dólares (por prescripción a niños, ancianos y enfermos de medicamentos no permitidos, relativos al tratamiento de demencia, alzheimer, insomnio o trastornos posttraumáticos); Johnson & Johnson, en 2012, a 1,1 millones de dólares (al banalizar falsamente los riesgos de un antipsicótico); Merck, en 2007, a 670 millones de dólares (por corromper a médicos para prescribir medicamentos, simulando las "mordidas"

del coste del servicio, compensándoles seguir delinquiendo, siendo auxiliados por médicos como cómplices corruptos: chantajes, estafas, sobornos, malversaciones, o bien obstrucción a la justicia, se cuentan entre los principales delitos, permitiendo la agrupación criminal conductas que, de otro modo, ciudadanos a priori honrados, no llevarían a cabo.

Pero ha sido por excelencia el narcotráfico el delito contra la salud pública más vinculado con las organizaciones criminales, castigando por un lado el art. 369.2.^a el hecho de participar en otras actividades organizadas (distintas del narcotráfico) o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito, incluida la jefatura en el art. 370.2.^o, y por otro lado, además, el art. 369 bis, que tipifica y castiga con una pena de prisión de nueve a doce años o de cuatro años y seis meses a diez años junto a una multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga objeto del delito, la **pertenencia a organización criminal** (de narcotráfico), y la jefatura, con penas superiores en grado⁹³.

Como se ha expuesto anteriormente, el delito de pertenencia a organización criminal nacía históricamente vinculado al tráfico de drogas⁹⁴. Pese a ello, la relación entre ambos delitos, organización cri-

bajo honorarios de formación, consultas o investigación); Ely Ely, en 2009, a más de 1,4 millones (por falsificación de medicamento antipsicótico); y Abbott, en 2012, a 1,5 millones de dólares (por venta ilegal de medicamento contra la epilepsia, corrompiendo igualmente a profesionales médicos).

92. Este precepto también considera de extrema gravedad que se trate de redes internacionales dedicada a dichas actividades quienes realizan los hechos. Pues, como indicá- bamos más arriba, una cosa es una sola organización funcionando en red como forma de organización interna, y otra cosa es una red de distintas organizaciones, o "redes".
93. También el delito de tráfico de precursores (art. 371.2), cuando se haya cometido en el seno de una **organización criminal (no grupo)** que se dedique a estas actividades. Un análisis sobre "La situación del tráfico de drogas en España: amenaza y respuestas", en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ/ BALLESTEROS SÁNCHEZ, cit., pp. 357 ss. También en MAGAZ ALVÁREZ: "Terrorismo y narcotráfico como elementos clave del crimen organi- zado trasnacional y amenaza para la seguridad", en MAGAZ ALVÁREZ, cit., pp. 216 ss.; ALLI TURRILLAS, cit., p. 90 s.; PAÍNO RODRÍGUEZ, cit., p. 151 s.
94. En el código penal de 1973, en el art. 344, con la Ley Orgánica 8/1983, se incluyó por primera vez una cláusula agravatoria que permitía imponer las penas superiores en grado "cuando el culpable perteneciere a una organización que tuviera como finalidad difun- dir las". Más tarde sería modificada por el Código de 1995, contemplando también un tipo agravado en el art. 369, que consideraba no sólo la pertenencia a una organiza- ción, sino también "a una asociación incluso de carácter transitorio que tuviese como fina- lidad difundir tales sustancias o productos aún de modo ocasional". El art. 369 fue después modificado por la Ley Orgánica 5/2010, como consecuencia de la introducción del delito de tráfico de drogas cometido por persona perteneciente a una organización criminal del art. 369 bis.

minal y narcotráfico, no es de medio-fin: entre ambos delitos no cabe concurso medial, al no ser uno un medio necesario del otro (STS de 22 de febrero de 2016). Sin embargo, en la actualidad, se puede afirmar que el mayor número de condenas por delito de organización criminal, grupos criminales, y grupos integrados en organizaciones, lo ocupa el narcotráfico. Así, por ejemplo, la STS de 31 de enero de 2017⁹⁵, indica que ambas figuras, grupo y organización criminal, pertenecen a un mismo fenómeno, que, excediendo del mero consorcio delincuencia, trata de reprimir actividades con relevancia penal de la criminalidad organizada por el peligro potencial que supone, encontrándose en una relación típica de progresión o de regresión en su gravedad y en la sanción. Y lo sigue recordando la reciente doctrina jurisprudencial, que afirma que la organización y el grupo criminal tienen en común la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer delitos concertadamente. Pero mientras la organización criminal requiere además la estabilidad o constitución por tiempo indefinido y el reparto de tareas o funciones de manera concertada y coordinada (necesariamente ambos requisitos de forma conjunta), el grupo criminal puede apreciarse cuando no concurra ninguno de estos dos requisitos o cuando concurra uno sólo. De esta forma, se reserva el concepto de organización criminal para aquellos supuestos de mayor complejidad, de estructura más rígida en el reparto de roles, de duración indefinida, y sobre todo para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, caracterizada por su profesionalización, tecnificación e integración en estructuras legales, mientras que para la pequeña criminalidad organizada, de ámbito territorial más limitado

95. Los acusados "formaban un grupo a su vez integrado dentro de una organización criminal, que introdujo para su distribución a través de España, la cantidad total de 66.604.07 kgs. de hachís", que "servían a los intereses de una organización, integrando el grupo parte de una organización para la que desplegaba una actividad delictiva", ya que "no es posible mover tal cantidad de droga si no hay una organización detrás", y porque "lo demuestra la infraestructura creada a través de las naves industriales y elementos mecánicos alquilados", así como por otros elementos de juicio, como agresiones que sufrían los acusados, cabecillas del grupo criminal, por personas que buscaban la mayor cantidad de droga, "lo que implica que el grupo criminal formado por los acusados respondía de la droga frente a terceros". También la SAN de 5 de abril de 2019, transporte de hachís desde Argelia a Libia por aguas internacionales, tras adquirirse una embarcación en Barcelona para el avituallamiento de la mercancía, todo ello en el seno de una organización criminal, con estabilidad temporal, estructura y reparto de roles, con sociedad constituida pero carente de actividad mercantil y sí de simulación de contratos. La sentencia destaca el hecho de que la organización se forme para una operación específica, en este caso las actividades que se prolongarían más allá de los meses de verano de no haber sido por la detención de los acusados.

y de objetivo más reducido, de actividades delictivas de menor entidad, con un reparto ordinario de funciones casi con el solo fin de la realización de los delitos a cometer, se diseña como figura específica el grupo criminal.

No obstante, encontramos oscilaciones en la jurisprudencia española sobre la calificación de organización o de grupo criminal, condenando en ocasiones por pertenencia a grupo, y no organización criminal, la agrupación de varias personas (muchas veces con vínculos familiares o "clanes" -STS de 25 de octubre de 2019⁹⁶-), con funciones bien delimitadas, dotada de permanencia y estabilidad, con conexiones internacionales (Sudamérica), para importar a España distintas sustancias estupefacientes, y con vocación de desarrollo de una pluralidad de acciones de narcotráfico (SSTS de 26 de septiembre de 2016, 13 de abril de 2014, 29 de mayo de 2014, 13 de octubre de 2015, y 9 de junio de 2016), incluso con medios materiales para trasladar importantes cantidades de droga muy nociva, cocaína y heroína (STS de 6 de abril de 2016, STS de 25 de octubre de 2019), o varias células independientes pero interconectadas (STS de 14 de julio de 2016), o distintos niveles jerárquicos (SAP de Ciudad Real de 23 de octubre de 2015), justificando a veces la calificación de grupo y no de organización criminal en la ausencia de una "estructura de notable complejidad" (STS de 17 de julio de 2014), de "un reparto formal de funciones" (STS de 6 de noviembre de 2014), o porque no pudo acreditarse que los condenados integraban una organización (STS de 28 de enero de 2019⁹⁷), y otras veces excluyendo incluso el delito de pertenencia a grupo criminal por "meros contactos singulares y puntuales" con proveedores y clientes (SAP de Alicante de 2 de abril de 2015), falta de "hechos que delaten una previa vocación de cierta persistencia" (STS de 16 de diciembre de 2015),

96. Compartiendo los distintos miembros del grupo los mismos clientes.

97. Debe evitarse, dice la sentencia recordando otra de 2013, cometer alguno de los dos errores de la jurisprudencia menor: utilizar una interpretación extensiva del concepto de organización, que conduce a incluir en la organización supuestos más propios, por su gravedad, del grupo criminal. Y acudir a una interpretación del concepto de grupo que exija requisitos propios de la organización. En ambos supuestos se corre el riesgo de vaciar de contenido la figura del grupo criminal. Vid. también el ATS de 16 de enero de 2020, castigando por grupo criminal a cuatro sujetos miembros que durante el menos un año se repartían tareas bien definidas de narcotráfico, uno de dirección y reparto de funciones, dos "hombres de confianza" con labores de recepción, custodia de la sustancia, negociación, distribución, transporte e impartición de instrucciones, y un cuarto miembro con funciones de recogida de la droga y del importe obtenido de la compraventa, siendo otros dos colaboradores externos, proveedor y telefonista de contacto, que son absueltos del delito de grupo criminal.

“participación ocasional” (SAP de Zaragoza de 30 de julio de 2013), *“esporádica y coyuntural intervención”* (STS de 17 de julio de 2014), *“de forma descoordinada del grupo”* (STS de 23 de septiembre de 2014), cuando *“cada acusado tiene su propio ámbito de acción”* (SAP de Zaragoza de 15 de julio de 2015), o *“sin labores de planificación y menos aún de dirección”* (SAP de Barcelona de 4 de marzo de 2016).

Vinculado al fenómeno del narcotráfico se encuentra también el delito de contrabando (art. 2.3.^a de la Ley Orgánica 12/1995). En general, el art. 3.2.^o de la ley castiga con la pena superior en grado cuando el delito se cometa por medio o en beneficio de personas, **entidades u organizaciones** de las que pueda derivarse una mayor facilidad para su comisión. Antes de la entrada en vigor de la reforma penal de 2010, sentencias condenatorias por contrabando organizado ponían ya de manifiesto que era necesaria la intervención –se decía en este caso– de dos o más personas, una estructura jerárquica y vocación de continuidad, así como la existencia de un plan con distribución de roles, para integrar la organización criminal, sin que fuera preciso que los implicados participasen directamente en los actos delictivos (SAP de Cádiz de 8 de marzo de 2005, SAP de Zaragoza de 7 de julio de 2005). Después, la Ley Orgánica 6/2011 ampliaría los tipos penales, castigando además a la persona jurídica (arts. 2.6 y 3.3) y a otros **grupos, entidades, empresas u organizaciones** sin personalidad jurídica (art. 2.7). La intervención penal se hacía además (FERRÉ OLIVÉ⁹⁸) por partida doble: si el contrabando se realiza a través de una organización (se entiende criminal, que es instrumentalizada, art. 2.3a) se desliga completamente de las cuantías de referencia en la norma y, por lo tanto, todos los casos de contrabando que deberían sancionarse como infracciones administrativas por no alcanzarse los valores establecidos para los bienes en cuestión se convierten en un hecho delictivo. Y, asimismo, cabe imponer la pena superior en un grado, en la medida en que el delito se cometa por medio o en beneficio de dichas entidades u organizaciones de las que pudiera derivarse una facilidad especial para la comisión del mismo. En estos delitos, el contrabando de drogas y el de arte robado o expoliado suponen asimismo una de las más importantes y lucrativas actividades de las organizaciones criminales⁹⁹, en lo que los Estados de tránsito son fundamentales para mantener la cadena del contrabando.

98. Tratado de los delitos contra la Hacienda pública y contra la Seguridad Social, 2018, cit., p. 667.

99. PAÍNO RODRÍGUEZ, op. cit., p. 157 y p. 175.

Delitos de corrupción

Como se ha establecido en páginas anteriores, la corrupción es una actividad consustancial a la delincuencia organizada, hacia empresas o hacia el propio Estado. Los grados de parasitación y simbiosis con el Estado pueden llegar a convertir a éste en un Estado mafia, que en sí mismo carece de responsabilidad penal como persona jurídica pública, aunque sí sus funcionarios sobornantes, sobornados o malversadores, pero también, desde la reforma penal por la Ley Orgánica 7/2012, otros entes como partidos políticos o Sindicatos (art. 31 quinquies). En esta línea, la desviación y financiación ilegal de los partidos políticos se tipificó como delito en 2015, en el art. 304 bis-ter, junto a la participación en “estructuras u organizaciones”, cualquiera que sea su naturaleza, para financiarlos. Nació así el denominado delito de “asociación ilícita con fines de financiación de partidos políticos”, que, para algunos autores, resultaba difícil de justificar por la existencia ya del delito de asociación ilícita¹⁰⁰, que prevé las mismas conductas, si bien con una pena algo menor, resultando así curioso que el tipo penal del art. 304 ter, “participar en estructuras u organizaciones, cualquiera que sea su naturaleza, cuya finalidad sea la financiación de partidos políticos al margen de la ley”, sea más grave que la propia financiación ilegal del partido en su modalidad más grave (art. 304 bis 2)¹⁰¹. Además, son penas más graves en general que las establecidas en los arts. 570 bis y ter para los delitos que se cometan en el seno de la organización o

100. MAROTO CALATAYUD: “Los delitos de financiación ilegal de partidos”, en BIB 2015\4617. Comentario a la reforma penal de 2015. BIB 2015/1227, Editorial Aranzadi, enero de 2015, <http://aranzadi.aranzadidigital.es>; MACÍAS ESPEJO: “Del delito de participación en estructuras u organizaciones con finalidad de financiación ilegal de partidos políticos: (artículo 304 ter del Código Penal)”, en Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela, Vol. 27, N.º 1, 2018, p. 14, aunque la autora se muestra partidaria de su tipificación expresa. Indica que “tal disposición supone añadir a nuestro variado Derecho Penal de asociaciones ilícitas y organizaciones y grupos criminales un ulterior concepto, que ha de compartir espacio con los ya previstos (. . .) resultando completamente ardua la identificación de los límites de la estructura criminal para la financiación ilegal de partidos políticos”. Citando a JAVATO MARTÍN, se “permite subsumir en el art. 304 ter tanto las asociaciones que se constituyen formalmente con la finalidad de cometer el delito de financiación ilegal, como aquellas agrupaciones de hecho de personas cuya actividad está dirigida al mismo fin cumpliendo con los requisitos de los arts. 570 bis y 570 ter” (pp. 18 s.).

101. Pena de prisión de uno a cinco años, dos años y medio a cinco para dirigentes de la estructura, y cinco a siete años y medio de prisión para casos de especial gravedad, mientras que el tipo agravado de financiación ilegal del art. 304 bis 2 y 3 conlleva una pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa, y de hasta cuatro a seis años de prisión en casos de especial gravedad, como la importancia o tamaño de la estructura u organización.

grupo criminal cuando éstos no sean graves, una dureza en las penas que, en lugar de mejorar los mecanismos de control (fiscalización de transparencia), parece la menos eficaz (MACÍAS ESPEJO¹⁰²), por cuanto puede suponer efectos perversos, llegando a resultados penológicos que quiebren el principio de proporcionalidad. Frente a una aparente intención de centrar la atención en la responsabilidad penal de los propios partidos a la hora de financiarse ilegalmente, se quiere hacer recaer la responsabilidad tanto o más en las redes corruptas, normalmente asociadas a la contratación (por ejemplo red Gürtel¹⁰³), o a otro tipo de intereses políticos (secesión de Cataluña¹⁰⁴).

102. *Ibídem*, p. 21.

103. Vid la sentencia de la Audiencia Nacional 20/2018, de 17 de mayo, condenando como partícipe a título lucrativo al Partido Popular, que no pudo ser condenado penalmente, porque, indica la sentencia, los hechos se cometieron antes de la entrada en vigor de la reforma penal de 2012, que permitiría ya desde entonces que los partidos políticos fueran penalmente responsables como personas jurídicas. La sentencia condena además por delitos de asociación ilícita la trama liderada por Correa junto a funcionarios y empresarios (la llamada red Gürtel) para tomar el control del Ayuntamiento de Madrid asumiendo durante años su gestión interna, parasitándolo, para favorecer a las empresas que regentaban. También la sentencia de esa misma Audiencia de 11 de junio de 2018, de una pieza separada de la Comunidad de Valencia. Más recientemente, puede verse la STS de 2020, que condena a varias personas por la financiación irregular del partido Convergencia Democrática de Cataluña, durante una década, pero por unos hechos que tuvieron lugar antes de la entrada en vigor de las reformas del código penal de 2012 y 2015.

En el Derecho comparado nos parece interesante reseñar también el caso "Cuellos Blancos" de Perú, red corrupta de altos cargos judiciales, en el sistema de nombramientos de jueces, presidida por el magistrado Hinojosa, y en la que participaban empresarios y políticos del partido fujimorista Fuerza Popular. La justicia española accedió en 2019 a extraditar al magistrado a las autoridades peruanas por delitos castigados en ambas legislaciones, tráfico de influencias, negociaciones prohibidas a funcionarios, aunque no por su pertenencia a una organización criminal, ya que en Perú el resto de miembros de los "Cuellos Blancos" no estaban siendo investigados por este delito, como si fuese una organización con jefe pero sin miembros. Del mismo modo, cabe mencionar la constructora brasileña Odebrecht como ejemplo de corrupción en Latinoamérica por sobornos a funcionarios y políticos financiando campañas a cambio de favores. Vid sobre ello LONDOÑO MARTÍNEZ, "El 'caso 'manos Blancas': problemas de imputación en contextos de organización criminal a la luz del Derecho penal chileno", en COUSO/WERLE, *Intervención delictiva en contextos organizados*, 2017, p. 332.

104. Vid. Auto dictado por el Juzgado Central de Instrucción, de procesamiento, de 4 de abril de 2018, imputando por delito de sedición y pertenencia a organización criminal, respecto a la conducta de algunos responsables políticos y policiales por los hechos ocurridos el 1 de octubre de 2017 durante la celebración del referéndum de independencia de Cataluña, ante la existencia de una "compleja y heterogénea organización", con un plan premeditado y estratégico entre autoridades de gobierno con el fin de lograr una secesión encaminada a proclamar la República catalana. La STS de 14 de octubre de 2019 condena finalmente a siete de los doce acusados por delitos de

Delitos de terrorismo

Como forma de criminalidad organizada, el terrorismo es un delito que ya contaba con estos tipos penales de creación y pertenencia a grupos o bandas armadas con finalidad de alterar la paz pública o subvertir el orden constitucional¹⁰⁵. Pero, a diferencia de los arts. 570 bis

desobediencia al Tribunal Constitucional, malversación de fondos públicos y delito de sedición, absolviendo del de organización criminal y del de rebelión.

El Auto apreciaba lo siguiente: a) jerarquía, esto es una estructura de dirección perfectamente definida, en la que cada uno de los procesados tenía un rol determinado, bajo una dirección común, en cuya cúspide se encontraba el Presidente de la Generalitat de Cataluña. b) Permanencia temporal, en tanto la organización se activó con carácter estable desde hacía más de dos años, tras las elecciones autonómicas de Cataluña del 27 de septiembre de 2015. c) Coordinación y cooperación, pues las acciones investigadas no eran realizadas de una manera individual y aleatoria sino con un control y asignación de tareas a cada responsable y unas normas para actuar en cada situación. d) Reparto de tareas entre autoridades gubernamentales, parlamentarias y civiles, principalmente a través de asociaciones independentistas. e) Planificación y finalidad común, cual era alcanzar la independencia de Cataluña siguiendo un plan meticulosamente trazado, la aprobación del marco legislativo (presuntamente inconstitucional), incluido en los órdenes del día del Parlament, que el Auto califica como manifiestamente ilegales, y que fue lo que en suma permitió la celebración del referéndum el día 1 de octubre de 2017 y la ulterior declaración de independencia aprobada el 27 de octubre de ese año. La actuación contra la organización política del Estado mediante la declaración de la secesión e independencia de una parte del territorio nacional era consecuencia, concluye el Auto, del conjunto de actividades desarrolladas, constitutivas presuntamente de diversos delitos, desobediencias, prevaricaciones, malversaciones de caudales públicos y sedición, cometidos por los distintos miembros y colaboradores de la organización, bajo la autoría intelectual y superior dirección de sus líderes.

El Tribunal Supremo vino a indicar en la sentencia de 14 de octubre de 2019 que, tanto la rebelión como la sedición, son delitos de comisión plural, colectiva y tumultuaria. Una obligada convergencia de voluntades que no tiene por qué ser siempre y en todo caso incompatible con una vanguardia organizada, con un reparto de tareas que sean puestas al servicio del delito planeado. Pero que esa distribución funcional no da vida sin más al delito de organización criminal. Y todo ello sin perjuicio de la previsible relación de consunción, propia del concurso de normas, que puede existir entre el delito de organización criminal y el delito de sedición que, en su descripción, incluye un tratamiento penal singularizado para quienes hayan "*dirigido la sedición o aparecieron en ella como sus principales autores*". Porque, a diferencia del delito de rebelión, que atenta contra la Constitución, el de sedición es un delito contra el orden público, el mismo que se lesionaría con el delito de organización criminal, siendo éste el bien jurídico atacado ante un mal funcionamiento de los servicios e instituciones públicas, dice la sentencia, y un elemento de la paz pública, concepto próximo a aquél, en tanto un desorden en la calle puede afectarla, alterando las circunstancias de la pacífica convivencia ciudadana para el ejercicio de los derechos fundamentales.

¹⁰⁵. La reforma penal de 2015 añadiría otros, extendiendo sobremanera los fines de este delito: desestabilizar el funcionamiento de una organización internacional, o provocar un clima de terror en la población o parte de ella, suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o estructuras económicas

y ter, en el art. 572 no se contempla distinción alguna en la pena entre organización y grupo terrorista, para no diluir en estos casos el concepto de organización criminal, dada la operatividad de estos grupos, aunque el art. 571 sí se remite a ellos, y además se tipifica expresamente la incitación a la incorporación al grupo u organización terrorista (art. 577.2) y los actos previos de ejecución (art. 579 bis 3). Entre ambos tipos penales de organización criminal existe una relación que algunos califican de simbiótica¹⁰⁶, pero en los que mientras la finalidad del grupo terrorista es ideológica, influyendo en la agenda política, la organización criminal buscaría beneficiarse económicamente a través de los delitos que comete, no pretendiendo la destrucción del Gobierno, del cual espera obtener ayuda mediante la corrupción. Su regulación dista además de la contemplada en los arts. 570 bis y ter, pues el art 572.2, tras la reforma de 2015, se refiere a participar activamente o ser miembro de la organización o grupo terrorista, mientras que la colaboración (activa, *del extraneus*) se tipifica en el art. 577¹⁰⁷, y en

o sociales del Estado, o bien obligar a los poderes públicos a realizar un acto o abstenerse de hacerlo.

106. MULET FRAILE, "Delincuencia organizada", en Crimipedia, cit., www.crimina.es (visionado 16.05.2019), p. 9.

107. Sobre la distinción entre integración y colaboración con organización terrorista, vid. la STS de 27 de febrero de 2019, indicando que la diferencia está en el "grado de integración o la conexión o relación existente con la organización terrorista, así que constituye el delito de pertenencia a banda armada la incorporación permanente, más o menos prolongada en el tiempo, frente a la episódica o eventual colaboración". Dice además que no importa que los actos de "colaboración con banda armada u organización terrorista sean desempeñados (propriadamente, ejecutados) por activistas de la organización integrados en la misma", porque la pertenencia es "algo más que los propios actos de colaboración, pues en éstos, cualquier acto es constitutivo de delito, pero como faceta negativa, se exige la inexistencia de vínculo con aquella organización". De existir dicho lazo de pertenencia, debe aplicarse el art. 571 en virtud del principio del art. 8.4 del código penal. El delito de pertenencia a organizaciones o grupos terroristas, dice la sentencia, "implica la condición de miembro o integrante de la misma y teniendo en cuenta la diferencia de penalidad con el de colaboración exige una cooperación de mayor intensidad con la banda u organización, siendo análogo el fundamento de su punición que no es otro que atender al peligro potencial que representa ser miembro de las mismas". Es además "un delito de mera actividad y permanente que se extiende en el tiempo desde el ingreso en la banda del agente hasta que se produce su apartamiento", y un delito de peligro abstracto en el que no cabe la tentativa (SAP de 28 de septiembre de 2016). La pertenencia a la organización es pues ad intra, mientras que la participación como una mera colaboración es ad extra, "una especie de outsourcing externo terrorista, al modo de subcontratación al margen de la organización para la llevanza de actividades de colaboración externa con la misma".

En este caso se trataba de integrantes de una organización que asumía los principios y conceptos del ideario del DAESH y Al Qaeda con la finalidad de llevar a cabo actos de terrorismo tanto en el extranjero, por medio del envío de personas a Siria para combatir junto al Estado Islámico, como en territorio nacional, resultando indiferente que no se acudiera a toda las reuniones del grupo o que no se hubiera

el art. 576, la financiación de la organización o grupo mediante la recolección de fondos (para algunos autores, cometidos por el *intraneus*, aunque nada se indique en la norma). El legislador no ha operado en el delito de pertenencia a organización o grupo terrorista de los arts. 571-572 la equiparación de títulos de imputación de los arts. 570 bis y ter, sino que conductas como la financiación se tipifica en los citados arts. 576-577. Además, ya no se distingue con claridad, como antes de 2015, al sujeto perteneciente a la organización terrorista ("*los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando . . .*"), de los que "*sin pertenecer a la organización o grupo*" cometían delitos con fines terroristas (STS 55/2010, de 26 de enero). Y aparte de que en el delito de terrorismo organizaciones y grupos tengan la misma pena (art. 572), ésta, con la reforma de 2019 se incrementó hasta quince años de prisión, convirtiéndose incluso la inhabilitación especial en absoluta y accesoria. De

tenido contacto con los líderes, puesto que lo relevante, indica la citada sentencia de 27 de febrero de 2019, es asumir la ideología de la organización con la intención de llevarla a cabo. También condenan por pertenencia a organización terrorista la SAN de 15 de noviembre de 2016 (mantener contactos telefónicos y por redes sociales para combatir en nombre del Estado islámico), o la SAN de 21 de abril de 2016 (realizar actividades que, aunque parecen legítimas en su acción política, obedecen las consignas y funcionan bajo la dirección de la organización, por parte de un abogado que así lo transmite a los presos reforzando sus inquietudes ideológicas). En cambio, castigaban como colaboración y no como pertenencia a la organización, la SAN de 7 de mayo de 2019, al no constar "*una vinculación estable y subordinada a su estrategia, ni que se tratara con otros miembros activos de ella*"; la STS de 21 de marzo de 2019, por una "*adhesión ideológica a las actuaciones violentas de la organización, con empleo de perfiles y contenidos impulsando el compromiso*" violento; también la STS de 7 de marzo de 2019, por "*captación y traslado de nuevos miembros a la zona de conflicto en donde las organizaciones terroristas actuaban*"; la SAN de 18 de enero de 2018, "*al no acreditarse que el procesado (. . .) participase de forma estable con la organización*", sino que sólo en dos ocasiones le facilitó documentación falsa sin que él mismo la hubiese falsificado; las SAN de 14 de mayo de 2014 y del TS de 19 de noviembre de 2015, porque "*no basta con que el sujeto sea un mero afiliado, sino que debe ser un militante activo de la organización*", y "*haber aportado en alguna ocasión algo de dinero a la organización o haber pegado carteles*"; o la STS de 23 de diciembre de 2014, "*al transportar explosivos y entregarlos a la persona que debía colocarlos para su deflagración*", porque estar a disposición en una ocasión puntual para la organización no es pertenecer (STS de 4 de noviembre de 2014).

La pena también varía: la del miembro integrante y la de quien participa activamente en la organización o grupo terrorista es la de prisión de seis a doce años y la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, mientras que la de la colaboración es de cinco a diez años y multa, penándose también la imprudencia grave (art. 577.3). Estos elementos no lo encontramos en el delito de organización o grupo criminal común: el art. 570 bis 1 castiga la condición de miembro y cooperador en la organización con la misma pena; la colaboración no se contempla como tal en el grupo criminal ni los escalafones por títulos de participación; y dicha pertenencia o cooperación no pueden nunca ser imprudentes.

igual forma, se podrá imponer la pena inferior en un grado o dos para los integrantes de la organización o grupo que colaboren con el sistema de persecución penal, en los términos del art. 579 bis 3, incluso la confesión del hecho. Además, la reforma penal de 2015 introdujo un tipo atenuado en el párrafo 4 del art. 579 bis, permitiendo al juzgador *"imponer la pena inferior en uno o dos grados (. . .) cuando el hecho sea objetivamente de menor gravedad, atendidos el medio empleado y el resultado producido"*, modalidad que no se prevé en los delitos de organizaciones y grupos criminales comunes.

Un elemento similar en ambas formas de organización criminal es el del sujeto arrepentido: se podrá imponer la pena inferior en un grado o dos para los integrantes de la organización o grupo que abandonen sus actividades delictivas y colaboren con el sistema de persecución penal, según el art. 570 quáter 4¹⁰⁸, así como en los términos del art. 579 bis 3 para el terrorismo (también en los delitos contra la salud pública conforme al art. 376), a salvo la confesión, que sólo se exige en el terrorismo. La razón que se daba para esta diferencia en el tratamiento del terrorista arrepentido confeso era que mientras que el terrorismo está casi exclusivamente estructurado en grandes organizaciones criminales con múltiples ramificaciones, en el narcotráfico a gran escala existe toda una gran actividad delictiva organizada también a pequeña escala (menudeo) que difícilmente puede equipararse a la estructura criminal terrorista, lo que debiera facilitar la aplicación de la atenuante en estos casos de colaboración y abandono de actividad delictiva aunque no existiese confesión¹⁰⁹. Ello, sin embargo, difícilmente podría justificarse hoy respecto a las grandes organizaciones criminales del art. 570 bis, más allá de la naturaleza de los delitos a cometer, más graves en las organizaciones terroristas, para requerir la confesión junto al abandono y la colaboración eficaz con la justicia como atenuante cualificada premial sólo en éstas. Por ello, se considera también incompatible la aplicación de estos artículos relativos al arrepentido con la atenuante ordinaria del art. 21.4 (confesión), pues en definitiva todos estos preceptos *"obedecen a una misma ratio, la de por razones de política criminal, atenuar la pena de quienes, de una manera o de otra, contribuyen al esclarecimiento de los hechos y al éxito de la justicia"* (ATS de 1 de febrero de 2018, en relación al art. 376), así como con el art. 21.5, referente a reparar,

108. Sobre ello véase FERNÁNDEZ LAREDO: El arrepentimiento en la criminalidad organizada, tesis doctoral, 2009, capítulo VI, pp. 224 ss.

109. Ibídem, p. 238.

disminuir, o al menos intentarlo, los efectos del hecho criminal, siendo esto más difícil de apreciar en delitos de mera o simple actividad, de inexistencia de víctima individualizada, como son los delitos de organización y grupo criminal¹¹⁰.

Con todo, la incidencia del sujeto arrepentido en la lucha contra la criminalidad organizada ha sido escasa¹¹¹: los adeptos integrantes del terrorismo mantienen una ideología de convicción extremista o fanática hasta el punto de inmolarsse, mientras que en el narcotráfico tampoco se aprecia una influencia relevante en el desmantelamiento de organizaciones ni en el descabezamiento de su cúpula, pues la delación se encuentra lejos de diluir la voluntad criminal grupal, por las razones mencionadas más arriba, de sujeción férrea a un código de conductas que hace difícil la desafección de la organización, siendo además castigada duramente por los propios miembros. Ello unido además a que en el caso de las organizaciones y grupos criminales la atenuación punitiva sólo operará respecto de estos delitos, y no en aquéllos que se hayan cometido en el seno de los mismos, lo que

110. Se trata conjuntamente del abandono voluntario de las actividades delictivas y de la colaboración eficaz con las autoridades en la obtención de pruebas decisivas para identificar o capturar a otros culpables, impedir el desarrollo de las organizaciones o grupos, o la perpetración de alguno de los delitos que se fuesen a cometer en el seno de éstos, junto a la confesión en el caso del terrorismo, frente a los requisitos de temporalidad de los arts. 21.4 y 21.5, confesión ("mantenida") ante las autoridades y reparación o disminución (relevante y significativa) del daño, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra el acusado o antes de la celebración del juicio oral, requisitos temporales flexibilizados por la jurisprudencia en la versión atenuadora analógica del art. 21.7, incluso como muy cualificada. Véanse al respecto STS de 27 de febrero de 2020, en relación a la atenuante ordinaria de confesión en un delito de narcotráfico excluyéndose por falta de pruebas la existencia de una organización criminal; desestimando la atenuación la STS de 6 de febrero de 2020, por producirse ante la policía y el Juzgado una vez abierto el proceso con investigación policial y por retractación posterior en el juicio oral manteniendo una versión distinta de los hechos, excluyendo el delito de grupo criminal. Vid. también SAN de 14 de septiembre de 2017 (rechazo al uso de la violencia terrorista y condena del Estado Islámico, así como colaboración con la Justicia en el esclarecimiento de los hechos, por parte de una madre que permitió la radicalización de sus hijos y su viaje a Siria facilitándoles los pasaportes), STS de 20 de febrero de 2019 (sujetos que integraban un grupo criminal dedicado al tráfico de hachís de cantidades de notoria importancia, apreciándose en este caso la atenuante cualificada analógica de confesión tardía, rebajando sólo un grado de los dos que permite el art. 66.1.2.º); u otras como las SSTS de 12 de marzo de 2020, 22 de mayo de 2019, y 8 de noviembre de 2018.
111. ABOSO, Criminalidad organizada y Derecho penal, cit. p. 584, señala como razones del coste a las arcas públicas, el anticipo de los beneficios penitenciarios y la aplicación del sistema de protección de testigos, con el riesgo de una justicia más transaccional y privatista.

puede restarle eficacia, por no interesar una rebaja de la pena que sólo se vaya a proyectar sobre una parte de la condena, no disminuyendo mucho la duración total de la que toque cumplir, a cambio de ingresar en el centro penitenciario con el estigma de traidor a la vista del resto de integrantes de la organización. Más aún si tenemos presente que en la mayoría de los casos se trata de condenas superiores a cinco años de prisión, cuyo acceso al tercer grado requiere del cumplimiento de al menos la mitad del tiempo de ingreso, por mucho que se cumplan los requisitos para obtener la suspensión de la condena y la libertad condicional, entre los que se encuentra el abandono de esa actividad delictiva, junto al cumplimiento de las 3/4 partes, ya que no cabe su adelantamiento (arts. 36.2 a y b y 90.8)¹¹².

Muy restrictiva ha sido también la aplicación del subtipo atenuado por la menor gravedad objetiva del hecho al miembro o colaborador de una organización terrorista desde su tipificación en 2015. Considerada una norma de individualización de la pena vinculada al principio de proporcionalidad (STS de 4 de julio de 2018), nace para ajustar la culpabilidad del autor colaborador en la organización terrorista a la gravedad de los hechos cometidos, habida cuenta de la amplitud del tipo penal del art. 577¹¹³, de sus conductas típicas y de su marco penal, encaminado a no dejar fuera ninguna conducta de respaldo individual

112. MARTÍNEZ GARAY, "El nuevo delito de pertenencia a 'organizaciones y grupos criminales' (art. 385 bis) en el proyecto de reforma del Código Penal", cit., epígrafe IV.4. No se ha modificado la redacción del actual art. 579 quáter 4 respecto a dicho Proyecto, pues sigue haciéndose alusión a la rebaja facultativa de la pena en uno o dos grados, con la sola matización de que se trate de aportar pruebas para identificar a otros responsables de la organización o grupo, impedir su desarrollo, o evitar la comisión de un delito que se planeaba cometer, pero dentro de la organización o grupo criminal, se especifica ahora en la actual regulación. Indica la autora, citando a RENART GARCÍA, que se trata de una "auténtica contradicción entre una disposición de carácter premial" (se refiere al terrorismo, pero es trasladable también a la delincuencia organizada común), "y preceptos de naturaleza retributiva, dirigidos a la inocuización del penado", los relativos al cumplimiento de penas, que, en efecto, ha conducido a su práctica inaplicación.

113. Información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones, construcción, acondicionamiento, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, ocultación, acogimiento, traslado de personas, organización de prácticas de entrenamiento o asistencia o prestación de servicios tecnológicos, o cualquier otra forma equivalente de colaboración. También llevar a cabo cualquier actividad de captación, adoctrinamiento, adiestramiento, idóneas para incitar a incorporarse a una organización o grupo terrorista o cometer cualquier delito en el seno de los mismos, así como facilitar adiestramiento o instrucción sobre fabricación o uso de explosivos, armas de fuego, o armas o sustancias nocivas o peligrosas o métodos o técnicas especialmente adecuados para cometer estos delitos.

o social a este fenómeno, que de otro modo colocaría al juez en la tesitura de incurrir en desproporción punitiva o dejar impunes comportamientos muy reprochables, por lo que el coste legal sólo podría justificarse ofreciendo al juez resortes legislativos para acomodar la amplitud del tipo a la gravedad del hecho. Así lo hizo ya constar el Tribunal Constitucional en un Pleno 136/1999, de 20 de julio, y años después en el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2016. Pues la primera duda que cabe plantear es si esta facultad punitiva privilegiada es aplicable a la sección 2.^a del capítulo VII, esto es, a la organización o grupo criminal, al sujeto dirigente, integrante o colaborador, pues al tratarse éstos de delitos de mera actividad y peligro abstracto carecería de sentido uno de los dos parámetros, alternativos, que se contemplan en la norma, el resultado producido, junto al medio empleado, que han de ser entendidos entonces como "modos de acción" (STS de 23 de junio de 2016). En ese sentido, y según el mencionado Acuerdo, para la aplicación de la atenuación podrá tenerse en consideración primero el dato de si la rama de la organización terrorista en la que se integre el acusado o condenado es precisamente aquélla que realiza de modo efectivo acción armada o atentados violentos, o es una de las organizaciones dependientes o satelitales que se integran en el entramado de la organización armada para cooperar con sus fines. Y, en segundo lugar, y en este último caso, habrá de valorarse tanto la actividad que realiza el acusado o condenado dentro del grupo o sector en el que se integra, como la relevancia o entidad de las funciones o misiones que desarrolla este sector dentro del conjunto del entramado organizacional terrorista. Además, en ningún caso el mero hecho de que el sector de la organización en que se integra el acusado no utilice armas o explosivos ni realice atentados terroristas determinará por sí solo la aplicación de la atenuación, siendo necesario evaluar caso por caso los criterios señalados, entre ellos si se trata por ejemplo de una organización con arraigo o bien incipiente¹¹⁴.

114. El subtipo atenuado ha sido aplicado en algunas ocasiones: la propia STS de 27 de febrero de 2019 advertía que lo es tanto a hechos enjuiciados tras su entrada en vigor como a los ya sentenciados, bien por la vía de la casación o mediante la revisión de sentencias cuando las condenas sean firmes y estén ejecutándose, mientras que la STS de 19 de noviembre de 2015 entendía que sería aplicable cuando no se haya constatado que se haya intervenido en actos de violencia callejera ni que se hubieran impartido directrices relativas a acciones violentas. En ese sentido lo estimaron la STS de 1 de febrero de 2017, a un caso de integración en organización terrorista realizando labores de tesorería pero sin actos de violencia callejera ni en la organización y dirección a

Más allá de ello, como indican GIMÉNEZ-SALINAS y DE LA CORTE IBÁÑEZ¹¹⁵, aunque una organización pueda tener una orientación política o ideológica, y otra buscar un fin lucrativo, frecuentemente las diferencias se matizan, dificultando una diferenciación neta de los dos fenómenos, que coexisten o llegan a casos de hibridaciones, una organización orientada por una motivación política o de lucro puede evolucionar a una estructura híbrida, en la que los miembros otorguen la misma importancia a ambos fines, o a casos de transformaciones en una inversión absoluta del orden de prioridad, en que los objetivos políticos sucumban a los económicos o viceversa, además de observarse frecuentes procesos de colaboración entre terroristas y otros delincuentes organizados. En este sentido, la concentración de un gran poder económico en una organización se transforma en poder político, y, por otro lado, el poder político siempre llevará aparejado un poder económico¹¹⁶.

un nivel superior del municipal, ni actuaciones específicamente reveladoras de una especial intensidad en la integración en la organización, reduciendo la pena en un grado; la STS de 5 de abril de 2017, por funciones de propaganda e identificación de unos objetivos que tampoco se excluye que se limitaran al vandalismo urbano, dentro de la integración en la organización, reduciéndose la pena en grado; la STS de 17 de enero de 2016, por tratarse de persona castigada por su participación activa en una organización criminal con actividad de carácter representativa y de portavocía, interviniendo en ruedas de prensa y convocando manifestaciones y movilizaciones en las que participaba de modo destacado, sin intervención en ningún tipo de altercado, reduciendo la pena un grado; la STS de 8 de febrero de 2017, por colaborar durante un mes con ETA entregando dos pasaportes a algunos de sus miembros sin llegar a más por ser detenida la autora; o la STS de 23 de junio de 2016, a integrante de organización que tiene actividad remunerada y llaves de la sede pero que no realiza ni actos de violencia ni de proselitismo, reduciendo un grado.

Lo desestimaron sin embargo la SAN de 28 de septiembre de 2016, por la gravedad de los hechos, captación, adoctrinamiento y provisión de contactos y medios materiales y personales para llevar a cabo los desplazamientos a los lugares de conflicto; la STS de 16 enero de 2018, por adoctrinamiento apelando al heroísmo; las SSTS de 12 de julio y 2 de octubre de 2017, por actos de violencia callejera o tenencia de explosivos; o la STS de 11 de julio de 2017, por formar parte de una Comisión que trazaba la línea de actuación de ETA.

115. Crimen org. Evolución y claves de la delincuencia organizada, 2010 pp. 328 ss.; LÓPEZ MUÑOZ, Criminalidad organizada y terrorismo. Formas criminales paradigmáticas, 2019; ABOSO, Criminalidad organizada y Derecho penal, cit. pp. 103-246, ampliamente sobre el terrorismo y sus formas, narcoterrorismo (FARC, Sendero Luminoso), ciberterrorismo, financiación del terrorismo. También NÚÑEZ CASTAÑO, "El terrorismo en la era de la globalización: el delito de financiación del terrorismo ante el nuevo concepto de terrorismo", en GALÁN MUÑOZ / MENDOZA CALDERÓN: Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional, 2019 pp. 111 ss.
116. SCHELLER D'ANGELO / LUGO QUIROZ: "Conceptualización del crimen organizado y su regulación en la legislación penal colombiana", en Revista Nuevo Foro Penal Vol. 15, No. 92, cit., p. 296.

B) CARACTERÍSTICAS

De toda esta regulación en el código penal del delito relativo a las organizaciones y grupos criminales y de los delitos que incorporan dicha circunstancia como agravante del tipo, extraemos las siguientes características: 1) una **heterogénea penalidad**: en algunos tipos penales se castiga la pertenencia a organización o grupo criminal con las penas superiores en grado respecto al tipo básico (por ejemplo en el delito de descubrimiento y revelación de secreto, el delito relativo a la prostitución de menor de edad y discapacitado, o el fraude de medicamentos); en otros en cambio, con la pena elevada únicamente en un grado (homicidio); o, en otros, elevada sólo en un grado pero impuesta en su mitad superior si dicha circunstancia concurre con otras agravantes (así, la trata de seres humanos o el tráfico de órganos). En cambio, otras veces, se castiga el delito aplicando solamente la mitad superior de la condena (como ocurre con las agresiones y abusos sexuales a menor de dieciséis años¹¹⁷, con el delito relativo a la prostitución de mayor de edad, o con los delitos de blanqueo de bienes y tráfico de precursores), que en algunos casos puede ser elevada en grado (corrupción en los negocios). En tercer lugar, en otros delitos, se establece una penalidad propia sin referencia al tipo básico (corrupción de menores¹¹⁸, narcotráfico¹¹⁹, daños informá-

117. Porque en el delito de agresiones sexuales a un mayor de dieciséis años se establecen marcos penales propios para el tipo básico (prisión de 1 a 5 años), el tipo agravado por acceso carnal (prisión de 6 a 12), y además el tipo agravado por concurrencia de alguna de las agravantes específicas, entre las que no se encuentra la organización ni el grupo criminal (prisión de 5 a 10 o bien de 12 a 15), frente al abuso sexual, donde se prevé un tipo básico (prisión o multa), y uno agravado por acceso carnal (prisión de 4 a 10), pero con la pena impuesta ya en su mitad superior por concurrencia de una o de las dos agravantes previstas. Sin embargo, en los menores de dieciséis años, sólo en el tipo básico y en el subtipo agravado por acceso carnal, abuso o agresión, se contemplan marcos penales propios, llegando el máximo, como en el caso del mayor, hasta los quince años de cárcel, pero el tipo hiperagravado por existencia de agravantes como la de organización o grupo criminal, lo es ya en su mitad superior. Esto significa que hay diferencia en la pena en los delitos de agresión o abuso sexual entre mayor o menor de dieciséis años mucho más en los tipos básicos y agravados de primer grado que en los tipos hipercualificados, donde esa diferencia punitiva disminuye. Además, en el caso de los menores tampoco existe la hipercualificación por minuye. Además, en el caso de los menores tampoco existe la hipercualificación por minuye. Además, en el caso de los menores tampoco existe la hipercualificación por minuye. Además, en el caso de los menores tampoco existe la hipercualificación por minuye.

118. Prisión de 5 a 9 años.

119. Prisión de 9 a 12 años, o de 4 años y 6 meses a 10 años, según se trate de drogas que causen grave daño a la salud, o no, en ambos casos con la multa del tanto al cuadrado del valor de la droga. Las penas se estiman poco proporcionadas, sobre todo si se aprecia la jefatura (penas superiores en grado, de 12 a 18 años, o de 18 a 27 años, en

ticos¹²⁰, fraude fiscal¹²¹ y contra la Seguridad Social¹²², delitos contra la propiedad intelectual e industrial¹²³, inmigración ilegal¹²⁴, hurtos y robos¹²⁵ y financiación ilegal de partido político¹²⁶). En uno de ellos se llega a castigar con la pena de prisión permanente revisable (asesinato), y algunos otros sólo con las consecuencias accesorias del art. 129 (manipulación genética, alteración de precios en subasta pública, o falsificación de moneda).

2) Un concepto más **unitario** de la organización: algunos subtipos agravados sólo contemplan la organización, pero no el grupo criminal (blanqueo de bienes, delito contra los derechos de los extranjeros, tráfico de precursores y narcotráfico, falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje), lo cual tampoco se entiende bien, dada la vinculación de algunos de éstos con otros que sí lo prevén (por ejemplo, inmigración ilegal y trata de seres humanos). En estos casos, el concurso real entre el delito en cuestión y el delito de pertenencia a

caso de drogas muy nocivas, pero de 10 a 15 años, o de 15 a 22 años y 6 meses, en el caso de drogas blandas), marcos penales no muy diferentes, a pesar de la diferencia en la gravedad de las conductas. La cocaína requerirá normalmente de una gran infraestructura para soportar su producción, transporte y distribución, propios de una organización criminal sofisticada.

120. Prisión que puede alcanzar los 8 años y multa hasta el décuplo del perjuicio causado, frente a la pena de prisión de 6 meses hasta 3 años de las modalidades básicas.
121. Prisión de 2 a 6 años y multa hasta el séxtuplo de la cuantía defraudada, y pérdida de opción a obtener subvenciones y del derecho a gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social de hasta 8 años, y además *"el delito será perseguible desde el mismo momento en que se alcance la cantidad fijada"* (120.000 euros).
122. Del mismo modo al fraude fiscal, en el fraude a la Seguridad Social, la pena es de prisión de 2 a 6 años y multa hasta el séxtuplo de la cuantía defraudada, frente a los tipos básicos, castigados con pena de prisión de 1 a 5 años (con el mismo límite en la multa, hasta el séxtuplo de lo defraudado), y la pérdida de opción a subvenciones y del derecho a gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social de hasta 6 años.
123. Prisión de 2 a 6 años, multa de 18 a 36 meses, e inhabilitación para profesión relacionada con el delito de 2 a 5 años. Entendemos que la multa de más de 24 meses se impondrá cuando la organización revista forma de empresa criminal, según dispone el art. 50.3, aunque no se contempla en estos delitos la responsabilidad penal de la persona jurídica.
124. Prisión de 4 a 8 años, frente a la simple pena de multa del tipo básico, alternativa a la pena de prisión máxima de un año.
125. Prisión de 1 a 3 años (en su mitad superior, si concurre con alguna otra agravante específica), o de 2 a 5 años, o de 2 a 6 años. Obsérvese que la pena en este caso puede ser superior a la del robo con violencia o intimidación en las personas (máximo 5 años de prisión).
126. Prisión de 1 a 5 años, en su mitad superior o elevada en grado si fuere el hecho de *"especial gravedad"*, superior a la propia financiación ilegal del partido político.

grupo criminal (art. 570 ter) no debiera estar mayormente penado que el de pertenencia a organización criminal¹²⁷. Y excepcionalmente, en el terrorismo, organizaciones y grupos tienen la misma pena (art. 572¹²⁸).

3) Una organización más **compleja**: en algunos subtipos agravados la organización o grupo pueden dedicarse a otros fines o actividades delictivas distintas y variadas (daños informáticos, delitos contra la intimidad, delitos contra la vida, fraude fiscal y contra la Seguridad Social, y corrupción en los negocios). Ello puede tener importancia a la hora de aplicar la regla concursal.

4) Desigual regulación de la **jefatura**: de más de una veintena de tipos penales que contemplan la agravante de pertenencia a organización o grupo criminal, en algunos se tipifica la jefatura (delitos muy relacionados entre sí, como narcotráfico y tráfico de precursores, blanqueo de bienes, trata de seres humanos y tráfico de órganos, inmigración ilegal, además de la financiación ilegal de partidos políticos), pero no en otros (delitos sexuales). En estos casos se emplean las expresiones de jefe, encargado o administrador.

En cuanto a la penalidad, de los subtipos agravados que contemplan la jefatura, sólo uno castiga al líder de la organización o grupo criminal con las penas superiores en grado (narcotráfico), otros con la pena superior en un solo grado (blanqueo de bienes, tráfico de precursores), otros con la mitad superior y eventual elevación en grado (trata de seres humanos, tráfico de órganos, e inmigración ilegal), y uno de ellos sólo con la mitad superior de la pena (financiación ilegal de partidos políticos).

C) SU RELACIÓN CONCURSAL CON LOS ARTS. 570 BIS Y 570 TER

El art. 570 quáter atiende al criterio de la gravedad de las penas del art. 8.4 para resolver los supuestos de concurso de normas en los casos en los que *"las conductas previstas en los arts. 570 bis y ter (pertenencia a organización o grupo criminal) estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código"*. Aunque el principio del mayor rango punitivo del art. 8.4 es subsidiario de los que le preceden, como los principios de absorción o de especialidad (art. 8.1 y 3), en virtud de los cuales

127. Circular de la Fiscalía General del Estado de 2011; LÓPEZ MUÑOZ, cit. p. 71.

128. Como se ha advertido antes, la reforma penal de 2019 incrementó la pena de estos delitos, convirtiendo además la inhabilitación especial en absoluta y accesoria.

deberían aplicarse los subtipos agravados, si atendemos a la regla del art. 570 quáter, debe claramente prevalecer el delito más grave, de entre por un lado el concurso real entre el tipo básico del delito en cuestión y el delito de pertenencia a organización (o grupo) criminal (incluso con alguna agravante que pudiera contemplar dicho delito), o directamente el subtipo agravado del delito por pertenencia a dicha organización (o grupo), calificación que por otro lado podrá tener su relevancia a la hora de aplicar en su caso la agravante de reincidencia en los términos del art. 22.8, para delitos comprendidos en el mismo título que aquél que se ha cometido con anterioridad¹²⁹.

Para un sector de la doctrina española, es censurable la opción del legislador del art. 570 quáter, ante la consideración de la naturaleza pluriofensiva de las figuras agravadas, que abarcarían ya el desvalor total de la conducta, no sólo porque el principio del art. 8.4 sea subsidiario de los otros, sino también porque ya de por sí peca de incoherente y disfuncional la propia tipificación de los subtipos agravados al crearse un régimen sancionador distinto¹³⁰, en la medida en que puedan darse diversos supuestos o situaciones, como organizaciones o grupos dedicados a actividades delictivas específicas (las del subtipo agravado), otros tipos penales donde no se mencionen los fines

129. Que tendría que ser el título correspondiente donde se encuentre tipificado el subtipo agravado, o bien el Título XXII, donde se tipifican las organizaciones y grupos criminales, como delitos contra el orden público. Ello puede suponer en cualquier caso una invasión del non bis in ídem, apreciar la agravante de reincidencia junto al delito de pertenencia a grupo u organización criminal, debiendo procederse a un reajuste en su regulación legal, indica ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, en su comentario a la "Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), 271/2014, de 25 de marzo (ROJ STS 1396/2014). Grupo criminal; codelincuencia y reincidencia; tres conceptos próximos en la criminalidad organizada", cit.

130. LUZÓN CÁNOVAS, cit. epígrafe VIII; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, "Los delitos de pertenencia . . .", cit., p. 550 s., atendiendo además a distintos factores en el establecimiento del concurso, por ejemplo en el delito de narcotráfico organizado, a la calidad de la sustancia, grado de contribución (autoría o participación), actividad realizada por el sujeto que pertenece a la organización (jefatura, encargo o administración) y concurrencia de algún tipo agravado; y, por lo que se refiere al concurso de delitos entre ambos, también a la calidad de la sustancia, el grado de participación y la existencia o no de alguna agravación del art. 369, sanción que se sumaría a la aplicable al delito de participación en organización criminal (art. 570 bis), en el que para seleccionar la pena habría que atender al carácter de la participación, la finalidad (si se dirige a la comisión de delitos de carácter grave o no) o la existencia de algún subtipo agravado o hipercualificado del art. 570 bis 2. También FARALDO CABANA: "Cuestiones concursales en los delitos de organización o grupo criminal", en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ/BALLESTEROS SÁNCHEZ: Criminalidad organizada . . . cit., p. 509 ss. (p. 540); MUÑOZ CUESTA, "Organizaciones y grupos criminales . . ." cit., epígrafe 5.

delictivos específicos de la organización o grupo, y muchos otros delitos que no cuentan con este subtipo agravado, o en los que no se incluya el grupo criminal, además de otros supuestos en los que el delito final de la organización no haya llegado a la fase de ejecución ni tampoco se pueda apreciar preparación al delito, o ésta no esté tipificada, o supuestos en los que no sea posible probar la pertenencia del sujeto autor del delito a la organización o grupo criminal. Pues la aplicación del subtipo agravado requiere en primer lugar la ejecución del delito en cuestión, o al menos su preparación al hecho concreto si ésta está expresamente tipificada, y además que en el autor concurren algunos de los títulos de imputación de la organización o grupo criminal.

Así pues, si la organización a la que pertenece el autor del hecho se dedicare a otras actividades delictivas, además de la contemplada en el tipo agravado imputado, podríamos estar, según algunos autores, no ante un supuesto de concurso de normas sino quizás ante un concurso real de delitos. En estos casos, se puede imponer la penalidad correspondiente al subtipo agravado además de la correspondiente a la organización criminal, sin vulnerar el principio non bis in ídem, cuando la organización criminal tiene como finalidad la comisión de otros delitos que incluyen no sólo aquél que ha servido de fundamento a la aplicación del subtipo agravado sino también otros distintos, pues el desvalor de una organización más compleja, dedicada a otro tipo de actividades delictivas, no quedaría incluido en esta agravación, frente a otros autores que entienden que rara vez una organización se dedica con exclusividad a una sola y concreta actividad delictiva, siendo pues suficiente con que se dedique habitual o incluso ocasionalmente a algunos de los fines citados en el tipo para su apreciación¹³¹. Por otra parte, en el caso de los delitos en los que no se prevén agravaciones específicas por el hecho de la pertenencia a una organización o grupo criminal, queda fuera de toda duda que al miembro o partícipe de las mismas que haya cometido un delito, le serían de aplicación los dos tipos penales (por ejemplo, el caso de una organización criminal dedicada a cometer estafas), ya que uno sólo no agotaría el desvalor del comportamiento delictivo. De este modo, en un caso se podrá responder del delito de estafa y del delito del art. 570 bis; en otros casos, por

131. A favor de la primera posición, vid. LUZÓN CÁNOVAS, "La tipificación penal de..."; cit. epígrafe VIII. Sobre la segunda, FARALDO CABANA, "Cuestiones concursales..." cit. p. 543.

el delito más grave entre el subtipo agravado que contempla la organización dedicada a estos fines (por ejemplo el art. 177 bis 6), o el tipo básico respectivo en concurso real con el art. 570 bis (art. 570 quáter); y en otros casos, por el delito más grave entre el subtipo agravado por organización que se pueda dedicar a otros fines delictivos diferentes (por ejemplo el art. 264.2.1.º), o el tipo básico respectivo en concurso real con el art. 570 bis (art. 570 quáter), además de cualquier otro eventual delito que se haya cometido en el seno de la misma organización, a mi modo de ver, sin valorar de nuevo la agravante de pertenencia a organización (si la tuviera).

En suma, la concurrencia de los delitos de organización y grupo criminal y las agravaciones específicas que tienen en cuenta la comisión de determinados delitos por medio de grupos u organizaciones, es difícilmente explicable y genera una tipificación complicada, farragosa y desigual que dificulta su aplicación práctica. Sin olvidar que se mantiene el delito de asociación ilícita (art. 515.1) que, en opinión de una parte de la doctrina, podría absorber cualquier concepto de criminalidad organizada aunque fuera muy amplio¹³², y que en los casos en que el sujeto se limita a formar parte de la organización, puede llegar a pensarse más gravemente que cometer algunos de estos delitos, lo que sin duda supone un "inflacionismo punitivo" propio de un Derecho penal de autor¹³³. Un régimen sancionador distinto que en efecto

132. CANCIO MELÍA, "El injusto de los delitos de organización: peligro y significado", en Revista General de Derecho Penal, n.º 8, noviembre 2007 p. 4. Para GONZÁLEZ RUS, ambos tienen una idéntica fundamentación, en "Aproximación político-criminal a la regulación de la criminalidad organizada después de la reforma de 2010", La criminalidad organizada, 2013, p. 105, y en "La criminalidad organizada en el Código penal español, Propuestas de reforma", Anales de Derecho, 30, 2012, pp. 30 ss., donde resalta la dificultad de comprender dos formas de incriminación que tienen fundamentos políticos criminales diferentes.

133. VIVES ANTÓN, CARBONELL MATÉU, MARTELL QUINTERO, en LÓPEZ MUÑOZ, cit. p. 74. También sobre este "paroxismo punitivo" o "avaricia repressiva" ORÉ SOSA: "Organización criminal. A propósito de la Ley 30077 Ley contra el crimen organizado", en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140308_02.pdf (visionado 26.08.2019), p. 5; LÓPEZ MUÑOZ, Criminalidad organizada y terrorismo. Formas criminales paradigmáticas, 2019, p. 79; MARTÍNEZ GARAY, "El nuevo delito de pertenencia a 'organizaciones y grupos criminales' (art. 385 bis) en el proyecto de reforma del Código Penal", en Revista General de Derecho penal, cit., epígrafe II.5, sobre una "devaluación del concepto de criminalidad organizada", citando a DIEZ RIPOLLÉS, un concepto "con una carga más sugestiva que semántica", en una suerte de sinécdoque en la cual la parte (la gran macrocriminalidad de poderosas organizaciones transnacionales) es la idea implícita que sirve de justificación, pero las consecuencias de las reformas legales se acaban aplicando al todo (cualquier forma de asociación para delinquir dotada de un mínimo de miembros y distribución de

UNIDAD 7

DELITOS CONTRA LA PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA

Competencias

- Conocer y analizar los aspectos trascendentes del delito de financiación ilegal de partidos políticos.

PRIMERA LECTURA

Leòn Alapont, J. (2020). *Financiación ilegal y responsabilidad penal de los partidos políticos en España*. En Martínez Huamàn, R. E. (Direc.) (2020). *La corrupción criminología, derecho penal parte general y especial, compliance, procesal penal y ejecución penal*. Lima, Perú. Editores del Centro, pp. 701-760.

En este trabajo se aborda principalmente, alguno de los aspectos más controvertidos que presenta esta figura delictiva desde la perspectiva de la responsabilidad penal del propio partido. Proponiéndose, a pesar de su corta vida, una reforma del tipo penal para una mejor adecuación al bien jurídico tutelado y a la función de los partidos en nuestro sistema constitucional.

RAÚL ERNESTO MARTÍNEZ HUAMÁN
(DIRECTOR)

ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL A. / ALMEYDA VELÁSQUEZ, DANIEL ALONSO /
CARO JOHN, JOSÉ ANTONIO / CASTRO CUENCA, CARLOS GUILLERMO /
CUGAT MAURI, MIRIAM / DELZO LIVIAS, GINO PAOLO / FARALDO CABANA, CRISTINA /
FONSECA FORTES FURTADO, REGINA H. / GIULIANI, EMÍLIA / GÓMEZ PAVÓN, PILAR /
JAREÑO LEAL, ÁNGELES / LEÓN ALAPONT, JOSÉ / MARTÍNEZ HUAMÁN, RAÚL ERNESTO /
MILLA VÁSQUEZ, DIANA GISELLA / OLAIZOLA NOGALES, INÉS /
RODRÍGUEZ-ÁRANA MUÑOZ, JAIME / ROSALES ÁRTICA, DAVID /
ROSALES ZAVALA, LEONARDO ALEX / RUEDA MARTÍN, ÁNGELES /
SÁNCHEZ CÓRDOVA, JUAN HUMBERTO / SÁNCHEZ MERCADO, MIGUEL ÁNGEL /
SCALCON, RAQUEL

LA CORRUPCIÓN

CRIMINOLOGÍA, DERECHO PENAL PARTE
GENERAL Y ESPECIAL, COMPLIANCE,
PROCESAL PENAL Y EJECUCIÓN PENAL



Editores del Centro

LA CORRUPCIÓN

CRIMINOLOGÍA, DERECHO PENAL PARTE GENERAL Y ESPECIAL, COMPLIANCE,
PROCESAL PENAL Y EJECUCIÓN PENAL

© RAÚL ERNESTO MARTÍNEZ HUAMÁN (DIRECTOR)

© EDITORES DEL CENTRO E.I.R.L.
Jr. Lampa N° 808, Dpto. 500 - Lima
Celulares: ☎996-766606 / ☎923-057990
RUC: 20563083426
E-mail: editoresdelcentro@hotmail.com
editoresdelcentro@gmail.com

Edición al cuidado de Miguel A. Garragate G.

1ª edición: agosto 2020
Tiraje: 1,000 ejemplares


Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú
N° 2020-04638
ISBN N° 978-612-48290-0-0
Proyecto editorial N° 31501012000314

Diseño e impresión:
MARTELL ACABADOS GRÁFICOS E.I.R.L.
Urb. Previ Mz. 29 Lt 7, Los Olivos - Lima
RUC: 20605426558

Agosto 2020

Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra -incluido el diseño tipográfico y de portada- sea cual fuere el medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros) sin autorización previa y por escrito de los titulares del copyright. La infracción de dichos derechos puede constituir un delito contra la propiedad intelectual.

Impreso en Perú / Printed in Peru

 Editores del Centro

FINANCIACIÓN ILEGAL Y RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN ESPAÑA¹

Dr. D. José León Alapont²

Profesor del Departamento de Derecho Penal Universidad de Valencia

Sumario: I. Planteamiento, II. El delito de financiación ilegal de los partidos políticos: una necesidad político-criminal, III. ¿Qué bien jurídico es objeto de tutela?, IV. Propuesta legislativa de reforma, A. Críticas al vigente art. 304 bis del Código Penal español, B. La remisión del art. 304 bis del Código Penal español a la Ley Orgánica sobre Financiación de los Partidos Políticos: más confusión que certeza, C. La reforma del delito de financiación ilegal de los partidos políticos, V. Otras consideraciones, A. Relaciones concursales con otros delitos, B. La estructura organizativo-territorial de los partidos y su incidencia en la atribución del delito de financiación ilegal, VI. A modo de digresión: la calificación de un partido político que se financia ilegalmente como asociación ilícita u organización criminal, VII. Conclusiones, VIII. Bibliografía.

-
- 1 El presente trabajo constituye una versión ampliada y actualizada de mi artículo: "El delito de financiación ilegal de los partidos políticos desde la perspectiva de la responsabilidad penal de éstos como personas jurídicas". En: *InDret*, 4.
 - 2 Código ORCID: 0000-0002-0537-6563.

Resumen: El legislador español decidió en 2012 incluir a los partidos políticos dentro del ámbito subjetivo de aplicación del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas previsto en los arts. 31° *bis* y siguientes del Código Penal. A esta innovación legislativa le seguiría en 2015 otra de especial repercusión en este ámbito: la tipificación *ex novo* del delito de financiación ilegal de los partidos políticos y su posible atribución a este tipo de organizaciones. Por ello, en este trabajo se abordarán, principalmente, algunos de los aspectos más controvertidos que presenta esta figura delictiva desde la perspectiva de la responsabilidad penal del propio partido. Proponiéndose, a pesar de su corta vida, una reforma del tipo penal para una mejor adecuación al bien jurídico tutelado y a la función de los partidos en nuestro sistema constitucional.

Palabras clave: partidos políticos, responsabilidad penal, financiación ilegal, corrupción política, política criminal.

I. PLANTEAMIENTO

Tras la exclusión de los partidos políticos del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducido en nuestro país por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, estos quedaban sometidos al sistema de los arts. 31° *bis* y ss. CP en virtud de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social (en vigor desde el 17 de enero de 2013). En consecuencia, el modelo de responsabilidad criminal de los partidos políticos no difiere del previsto -con carácter general- para las personas morales, a pesar de su especial naturaleza³. La justificación de dicho cambio -que también concernía a los sindicatos- quedaba reflejada en el Preámbulo de la referida ley con una sucinta alusión a: “de este modo se supera la percepción de impu-

3 Véase detenidamente, sobre este tema, LEÓN ALAPONT, José, *La responsabilidad penal de los partidos políticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

nidad de estos dos actores de la vida política que trasladaba la anterior regulación”.

El legislador español optó a la hora de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas por un sistema de *numerus clausus*, en consecuencia, no todo tipo de infracciones pueden ser imputadas a un partido político. De forma que, tan solo pueden responder por los siguientes delitos: tráfico ilegal de órganos humanos (art. 156° bis.3 CP); trata de seres humanos (art. 177° bis.7 CP); prostitución, explotación sexual y corrupción de menores (art. 189° bis CP); descubrimiento y revelación de secretos y allanamiento informático (art. 197° quinquies CP); estafas (art. 251° bis CP); frustración de la ejecución (art. 258° ter CP); insolvencias punibles (art. 261° bis CP); daños informáticos (art. 264° quater CP); contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores (art. 288° CP); blanqueo de capitales (art. 302°.2 CP); financiación ilegal de los partidos políticos (art. 304° bis.5 CP); contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (art. 310° bis CP); contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318° bis.5 CP); urbanización, construcción o edificación no autorizables (art. 319°.4 CP); contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 328° CP); relativos a las radiaciones ionizantes (art. 343°.3 CP); riesgos provocados por explosivos y otros agentes (art. 348°.3 CP); contra la salud pública (art. 366° CP); tráfico de drogas (art. 369° bis CP); falsificación de moneda (art. 386°.5 CP); falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (art. 399° bis CP); cohecho (art. 427° bis CP); tráfico de influencias (art. 430° CP); malversación de caudales públicos (art. 435°.5 CP); delitos de odio y enaltecimiento (art. 510° bis CP); financiación del terrorismo (art. 576° CP); y, delito de contrabando (art. 2°.6 de la Ley Orgánica n.º 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando).

Como ha señalado QUINTERO OLIVARES, la selección de delitos atribuibles a las personas jurídicas (*numerus clausus*) no resulta muy comprensible trasladada a los partidos políticos dado que la idea de “actividad empresarial” ha presidido, con mejor o peor fortuna, tal selección⁴. De

4 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “La responsabilidad penal de los Partidos como personas jurídicas”. En: *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 859, 2013, p. 8.

forma que, resultará difícil imaginar que determinados delitos puedan ser imputados a estos. Así sucederá, a título de ejemplo, con los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente o los relativos a las radiaciones ionizantes; aunque nada obste, aun siendo un escenario altamente improbable, para que un partido político sea condenado, por ejemplo, por tráfico de drogas o trata de seres humanos. Por el contrario, resulta mucho más factible que se llegue a condenar a un partido político por cohecho o tráfico de influencias⁵, blanqueo de capitales⁶, fraude de subvenciones⁷, fraude fiscal⁸, o delitos de odio⁹. Ahora bien, entre los delitos atribuibles a un partido destaca, indudablemente, el de financiación ilegal (art. 304° bis)¹⁰.

Como se ha encargado de remarcar la mayoría de autores¹¹, los vínculos de la corrupción política con la financiación ilegal de los partidos

- 5 Dado el grado de instrumentalización de las instituciones, principalmente de las Administraciones Públicas, por parte de éstos. Véase: PORTERO MOLINA, José Antonio, "Crisis del Estado de Partidos e instrumentalización de las instituciones". En: GARRIDO LÓPEZ, Carlos y SAENZ ROYO, Eva (Coords.), *La reforma del estado de Partidos*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 116 y ss.
- 6 En este sentido, el Auto del Juzgado de Instrucción número 18 de Valencia, de 15 de febrero de 2016 (Magistrado: Víctor Gómez Saval), otorgó la condición de "investigado" al Partido Popular por un supuesto delito de blanqueo de capitales.
- 7 Dicha posibilidad se plantea fundamentalmente con las subvenciones para gastos electorales, que tienen que ser solicitadas por el propio partido.
- 8 Por no tributación en el Impuesto de Sociedades por aquellas rentas no exentas.
- 9 Piénsese, por ejemplo, en un partido de ideología fascista o neonazi.
- 10 No obstante, la primera imputación de un partido político en nuestro país no se producía, precisamente, por este delito, sino por uno de daños informáticos. Véase: LEÓN ALAPONT, José, "La primera imputación de un partido político en España ex art. 31° bis del Código Penal". En: *Diario La Ley*, n.º 9107, 2017.
- 11 Así, especialmente, NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, "La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos". En: *Revista Penal*, n.º 39, 2017, p. 127; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, "Art. 304° bis y art. 304° ter". En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Comentarios al Código Penal Español. Tomo II (Art. 234° disposición final 7°)*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 528; GÓMEZ BENÍTEZ, José, "Financiación ilegal de partidos políticos y corrupción". En: CASTRO MORENO, Abraham y OTERO GONZÁLEZ, Pilar (Dir.),

son más que evidentes a tenor de los múltiples casos en que se han visto envueltos estos¹². La obtención de recursos económicos en un partido político se reduce a una cuestión de pura supervivencia¹³. Convirtiéndose así en el principal foco de actividad ilícita de estas organizaciones, puesto que los ingresos que perciben (tanto públicos como privados) se han mostrado insuficientes para hacer frente a todos los gastos que los partidos tienen¹⁴. En particular, los relativos a las elecciones, pues, estas se erigen como medio para acceder (en primer lugar) al poder, para mantenerlo o incluso acrecentarlo¹⁵. Y solo así, de obtener representación institucional, esto es, de “hacerse visibles”¹⁶, puede garantizarse el futuro de la propia formación política¹⁷. Por otro lado, la fuerte competencia electoral¹⁸ (ocasionada en parte por la volatilidad del electorado y el multipartidismo), la frecuente sucesión de citas electorales, la configuración

Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada, Dykinson, Madrid, 2016, p. 146; BUSTOS RUBIO, Miguel, “El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos”. En: *Revista Penal*, n.º 37, 2016, p. 63; y, NIETO MARTÍN, Adán, “Corrupción y abuso de poder (I)”. En: GÓMEZ RIVERO, María del Carmen (Dir.), *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2015, p. 473.

- 12 Véase *infra*, 2.
- 13 CASAL-BÉRTOA, Fernando, “The world upside down: delegitimising political finance regulation”. En: *International Political Science Review*, n.º 35-3, 2014, p. 356.
- 14 RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo José, “La lucha contra la corrupción desde el Estado Constitucional de Derecho: la legislación sobre financiación de partidos políticos en España”. En: *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n.º 7, 2014, p. 240.
- 15 MARŠAVELSKI, Aleksandar, “Responsibility of Political Parties for Criminal Offences: Preliminary Observations, Challenges and Controversies”. En: ALBRECHT, Hans; GETOŠ KALAC, Anna y KILCHLING, Michael, *Mapping the Criminological Landscape of the Balkan*, Duncker & Humblot, Berlin, 2014, p. 504.
- 16 FROWEIN, Jochen y BANK, Roland, “Financing of political parties in comparative perspective”. En: *Heidelberg Journal of International Law*, n.º 61, 2001, p. 59.
- 17 CASAL-BÉRTOA, “The world upside down: delegitimising political finance regulation”, *op. cit.*, p. 356.
- 18 DELLA PORTA, Donatella, “Political parties and corruption: ten hypotheses on five vicious circles”. En: *Crime, Law & Social Change*, n.º 42, 2004, p. 36.

del propio sistema de partidos, la anémica falta de democracia interna y transparencia de estas organizaciones, unido al poder institucional que estos copan, se erigen en el caldo de cultivo idóneo para propiciar o tolerar este tipo de prácticas.

II. EL DELITO DE FINANCIACIÓN ILEGAL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS: UNA NECESIDAD POLÍTICO-CRIMINAL

La reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, trajo consigo una importante novedad: incorporaba a nuestro ordenamiento el delito de financiación ilegal de los partidos políticos (art. 304^º bis)¹⁹. Y, relacionado con este, el de pertenencia a una

19 Art. 304^º bis:

“1. Será castigado con una pena de multa del triple al quíntuplo de su valor, el que reciba donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores con infracción de lo dispuesto en el artículo 5.Uno de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos.

2. Los hechos anteriores serán castigados con una pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa del triple al quíntuplo de su valor o del exceso cuando:

a) Se trate de donaciones recogidas en el artículo 5.Uno, letras a) o c) de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, de importe superior a 500.000 euros, o que superen en esta cifra el límite fijado en la letra b) del aquel precepto, cuando sea ésta el infringido.

b) Se trate de donaciones recogidas en el artículo 7.Dos de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, que superen el importe de 100.000 euros.

3. Si los hechos a que se refiere el apartado anterior resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

4. Las mismas penas se impondrán, en sus respectivos casos, a quien entregare donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores, por sí o por persona interpuesta, en alguno de los supuestos de los números anteriores.

5. Las mismas penas se impondrán cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, una persona jurídica sea responsable de los hechos. 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”.

organización destinada a financiar ilegalmente a aquéllos (art. 304° ter)²⁰. Así, en las líneas que siguen trataremos de analizar desde una óptica político-criminal si la intervención penal en este ámbito queda o no justificada.

Comenzaremos, pues, repasando algunos de los casos más representativos de financiación “anómala”²¹ en que se han visto envueltos algunos partidos políticos en nuestro país, para demostrar que se trata de hacer frente a una realidad criminógena y no a una atmósfera delictiva imaginaria.

A. Partido Socialista Obrero Español

La STS, 2ª, 1/1997, de 28 de octubre, declaraba probado que a mediados de 1987 José María Sala Grisó (quien fuere secretario de organización del PSC) y Carlos Navarro Gómez (secretario de finanzas) crearon un conglomerado empresarial (formado por Malesa, Filesa y Time Export) para asumir, principalmente, los gastos originados por el PSOE durante las elecciones de 1989.

Los fondos percibidos por Filesa y Time Export correspondían a “supuestos informes” (unos inexistentes y otros ficticios) realizados para empresas que aglutinaban desde bancos o supermercados, a compañías eléctricas (entre otras). Llegándose a recaudar más de 1.000 millones

20 Art. 304° ter:

“1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, el que participe en estructuras u organizaciones, cualquiera que sea su naturaleza, cuya finalidad sea la financiación de partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, al margen de lo establecido en la ley.

2. Se impondrá la pena en su mitad superior a las personas que dirijan dichas estructuras u organizaciones.

3. Si los hechos a que se refieren los apartados anteriores resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado”.

21 Con este calificativo alude SANDOVAL CORONADO a la financiación irregular, ilegal y corrupta de los partidos. Véase: SANDOVAL CORONADO, Juan Carlos, “Aportación a una reflexión político criminal sobre la corrupción en la financiación de los partidos políticos”. En: *Revista General de Derecho Penal*, n.º 22, 2014, p. 17.

de pesetas (unos seis millones de euros) durante los años 1989 y 1991. Aunque no quedase acreditado, como consta en la sentencia, que “los Bancos o empresas, como compensación a la **generosidad** con que actuaban, obtuvieran concesiones de la Administración a la hora de autorizar obras, adjudicaciones, contratos o exenciones fiscales”.

Siendo las mercantiles Distribuidora Exprés 2020 y Tecnología Informática, creadas por Aida Álvarez Álvarez (secretaria general de finanzas del PSOE, quien ostentaba la representación de ambas sociedades) junto con otra persona, las que sufragaran directamente desde el alquiler de los locales utilizados como cuartel general durante la campaña electoral hasta los gastos de publicidad electoral. Siendo Filesa la encargada de retribuirles dichos servicios.

Finalmente, José María Sala Grisó fue condenado por un delito de asociación ilícita; Carlos Navarro Gómez, por un delito de falsedad en documento mercantil, asociación ilícita y por un delito contra la Hacienda Pública; y, Aida Álvarez Álvarez, por un delito de falsedad en documento mercantil. Los magistrados señalaron que la financiación ilegal de partidos no era (por aquel entonces) constitutiva de delito.

B. Partido Socialista Obrero Español e Izquierda Unida

El Juzgado Central de Instrucción número 5 decretaba también el 15 de febrero de 2019 auto de apertura de juicio oral contra el Partido Socialista Obrero Español e Izquierda Unida en calidad de partícipes a título lucrativo. En esta ocasión, tal y como consta en la citada resolución, la dirección de la mercantil FITONOVO SL creó una infraestructura tanto operativa como contable destinada a obtener contratos públicos irregulares del Ayuntamiento de Sevilla, habilitando la estructura comercial de la empresa para conformar una red de contactos con funcionarios corruptos que les facilitaban dicha contratación, y creando una contabilidad paralela que se nutría de facturación falsa, para, entre otros fines, financiar el pago de sobornos a funcionarios públicos. Entre esos otros fines cabe destacar la asunción del coste de las obras realizadas en la Agrupación Local Macarena del PSOE (6.839.36 euros), pagos directos a esta formación política (153.000 euros) y a Izquierda Unida (155.000

euros). Entre los acusados cabe destacar a los dirigentes socialistas Manuel Gómez Lobo (concejal de Vía Pública del Ayuntamiento de Sevilla) y Domingo Enrique Castaño Gallego (director de Vía Pública), a quienes se les imputan delitos de cohecho y tráfico de influencias; y, al dirigente de IU José Manuel García Martínez (concejal delegado de Juventud y Deportes y Casco Antiguo), a quien se le atribuye un delito de cohecho.

C. Partido Popular

La STS, 2ª, 1417/1998, de 16 de diciembre, confirmaba la absolución de Gabriel Cañellas Font (presidente del Partido Popular de Baleares) y de José Antonio Berastaín Díez (secretario general del mismo) en el caso de la adjudicación de las obras del túnel de Sóller (Mallorca), pues los delitos de cohecho que se les imputaban habían prescrito. Sin embargo, en el relato fáctico quedaba constancia que el empresario Antonio Cuart (socio de Cañellas) entregó a este un cheque de 50 millones de pesetas (300.000 euros), con cargo a la empresa constructora, por la adjudicación. Con posterioridad, Cañellas entregó dicho cheque a Berastaín quien lo canjeó por diez cheques (cada uno de ellos por un valor de 5 millones de pesetas) que fueron ingresados, mayoritariamente, en las cuentas bancarias del Partido Popular de Ibiza, Mallorca y Menorca.

Por otro lado, la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional condenaba al PP, en su sentencia 20/2018, de 17 de mayo, también como partícipe a título lucrativo²². En la citada resolución se describe principalmente, a lo largo de numerosos pasajes, la existencia de una trama de corrupción institucional basada en mecanismos de manipulación de la contratación pública central, autonómica, y local, posibilitada gracias a la estrecha y continua relación de Francisco Correa

22 Art. 122°.

El que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito, está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación.

con destacados miembros del Partido Popular que tenían posibilidades de influir en los procedimientos de toma de decisión en la contratación pública de determinados entes y organismos públicos que dirigían o controlaban directamente a través de terceras personas. La responsabilidad civil del PP como partícipe a título lucrativo se decreta en la presente resolución judicial por cuanto parte de los fondos obtenidos por el Sr. Correa de las actividades delictivas anteriormente referidas sirvieron para pagar directa o indirectamente gastos electorales o similares del Partido Popular en los municipios madrileños de Majadahonda y Pozuelo de Alarcón, viéndose así beneficiada dicha formación política.

Como se recoge en la fundamentación jurídica de la sentencia, los beneficios económicos que obtuvo el Partido Popular de las actuaciones delictivas acreditadas en la misma consistieron en “la financiación ilegal de actividades y diversos actos políticos realizados en campañas y pre-campañas electorales para sus candidatos, que de otra manera hubieran tenido que ser sufragados directamente con recursos económicos propios del partido político en cuestión”. Por tanto, la participación del PP en los efectos del delito se traduce en el presente caso en un ahorro de costes para dicha formación, lo cual supone claramente un beneficio.

De forma resumida, el importe de los trabajos realizados en pro de la mencionada formación política es el que se relaciona en las siguientes tablas²³.

Majadahonda

CONCEPTO	IMPORTE (en euros)
Trabajos realizados para el Partido Popular en 2001 y 2002	3.698,54
Factura 2/93 SPECIAL EVENTS por acto de 6.4.2002	3.422,00
Factura 2/95 SPECIAL EVENTS por acto de 26.5.2002	2.411,07
Total actos celebrados entre enero y marzo de 2003	16.432,19

23 La sentencia desgana de forma mucho más específica cada una de las actuaciones que se realizaron en favor del PP. *Vid.*, para ello, pp. 853-857 de la misma (relativas al municipio de Majadahonda) y pp. 1517-1518 (respecto de Pozuelo de Alarcón).

LA CORRUPCIÓN

Actos celebrados entre el 28.2.2003 y el 14.9.2003 en gran parte referidos a la campaña electoral de las elecciones municipales de 25.5.2003	77.351,38
Trabajos realizados en la sede del PP en julio de 2003	19.453,06
Actos realizados el 20 y 26.10.2003 así como referidos a robo de equipo en la caseta del PP en septiembre	5.600,18
Publicidad realizada por ASIAN DE LUXE	5.260,06
TOTAL SERVICIOS PRESTADOS AL PP	133.628,48

Pozuelo de Alarcón

CONCEPTO	IMPORTE (en euros)
Gastos despacho Electoral (año 2003)	15.600,16
Actos electorales (año 2003)	12,264,16
Abono a personas físicas de servicios relacionados con la campaña de las elecciones municipales de 25.5.2003	84.000,00
TOTAL IMPORTE GASTOS ELECTORALES	111.864,32

La sentencia condenó, entre otros, a Guillermo Ortega (quien fuera coordinador de las campañas electorales del PP de Madrid entre 1999 y 2003, y alcalde de Majadahonda) por delitos de asociación ilícita, cohecho, fraude a las Administraciones Públicas, malversación, prevaricación, falsedad documental, contra la Hacienda Pública y blanqueo de capitales. Y a Jesús Sepúlveda (senador, miembro del Comité Ejecutivo Nacional del Partido Popular y alcalde de Pozuelo de Alarcón desde junio de 2003 a 2009) por cohecho, falsedad en documento mercantil, fraude a las Administraciones Públicas, malversación, prevaricación, tráfico de influencias y blanqueo de capitales²⁴.

En igual sentido, el Juzgado Central de Instrucción número 5 decretaba en su auto de 29 de junio de 2016, apertura de juicio oral contra el Partido Popular en calidad de partícipe a título lucrativo. En esta ocasión, como queda indiciariamente acreditado en la citada resolución, el

24 Véase detenidamente, sobre esta cuestión, LEÓN ALAPONT, José, “La responsabilidad civil del Partido Popular como partícipe a título lucrativo: a propósito de la SAN 20/2018, de 17 de mayo”. En: *Diario La Ley*, n.º 9229, 2018.

Ayuntamiento madrileño de Boadilla del Monte adjudicó de forma irregular una serie de contratos a determinadas empresas de la trama Gurtel que posteriormente asumían el pago del coste de bienes y servicios necesarios para la ejecución de distintos actos electorales y de partido entre los años 2001 y 2007. De este modo, el PP resultó supuestamente beneficiado en cuantía de 204.198,54 euros por las siguientes mercantiles: SUFI SA (24.901,09 euros), CONSTRUCTORA HISPANICA SA y EOC DE OBRAS Y SERVICIOS SA (30.050 euros), TECONSA (120.000 euros), así como por sociedades del grupo CORREA (29.247,55 euros). Entre los encausados destacan José Galeote Rodríguez (concejal de dicho Ayuntamiento) y Arturo González Panero (alcalde del mismo). Al primero se le atribuyen los siguientes delitos: asociación ilícita, prevaricación administrativa, fraude a las Administraciones Públicas, cohecho, falsedad en documento mercantil y blanqueo de capitales. Al segundo, junto con los anteriores delitos, se le imputan otros como los de tráfico de influencias, contra la Hacienda Pública, malversación de caudales públicos e insolvencias punibles.

En otra ocasión, la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, en su sentencia 293/2018, de 31 de julio, condenó al Partido Popular como responsable civil subsidiario²⁵ al haberse abonado (según consta en la narración de hechos probados) una parte de las obras de la

25 **Art. 120°.**

“Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente:

1.º Los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia.

2.º Las personas naturales o jurídicas titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de difusión escrita, hablada o visual, por los delitos cometidos utilizando los medios de los que sean titulares, dejando a salvo lo dispuesto en el artículo 212.

3.º Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.

reforma de la sede del PP en Telde con cargo a fondos de la Concejalía de Desarrollo Local, reclamándose concretamente a la citada formación política la cantidad de 740 euros. En la mencionada resolución, la responsabilidad del partido se fundamenta en la relación de dependencia de José Luis Sánchez González (condenado por un delito continuado de fraude en concurso medial con sendos delitos continuados de malversación y falsedad en documento oficial) con el Partido Popular, pues, en el momento de los hechos, ostentaba el cargo de Secretario del Comité Local del PP de Telde.

D. Unió Mallorca

En el relato de hechos probados de la STS, 2ª, 619/2013, de 5 de julio, constaba como Miquel Nadal Buades (presidente del partido Unió Mallorca entre diciembre de 2007 y junio de 2009) ordenó que se adjudicaran dos contratos de asesoría a Antoni Arbona Colom a través del INESTUR (Instituto de Estrategia Turística), del que era presidente como consejero de turismo del Govern Balear. Aunque sin objeto alguno, se pretendía que aparentemente fueran correctos y conformes a la legalidad administrativa, de ahí que el pago que tenía que ser de 15.000 euros se camuflara bajo dos contratos menores (uno en 2007 y otro en 2008) para así no ser sometidos a licitación. Todo ello en pago de los servicios que Antoni Arbona había realizado (sin contraprestación alguna) para el partido, concretamente, ceder el hotel Cal Bisbe (de su propiedad) para la celebración de dos actos de campaña electoral y al menos uno para la preparación del congreso del partido. El Tribunal condenó a Miquel Nadal por un delito de prevaricación y otro de malversación de caudales públicos.

Por otro lado, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en su sentencia 23/2016, de 23 de febrero, declaró probado que el partido

4.º Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

5.º Las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos cometidos en la utilización de aquellos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas”.

UM se había beneficiado de los Fondos Públicos del Consell Insular de Mallorca “por el procedimiento de **enchufar y camuflar**, en Proyectos Públicos (que se gestionaban en el Consorcio Informática Local -CILMA-) a trabajadores, que se incorporaban y trabajaban en esos proyectos para los que habían sido contratados y que, al mismo tiempo, se dedicaban (en ocasiones parcialmente y otras de manera casi exclusiva) a la realización de tareas de captación de voto, proselitismo y difusión del programa del partido político; todo ello de cara a las elecciones autonómicas del año 2007”. La suma de los salarios que se abonaron ascendía a 200.000 euros.

Por último, la STS, 2ª, 807/2017, de 11 de diciembre, condenaba a María Antonia Munar Riutort (presidenta del partido Unió Mallorca entre 1991 y 2007) y a otros cargos relevantes en el mismo por delitos de cohecho: la sociedad Sacresa Terrenos Promoción SL entregó 4.000.000 de euros a estos a cambio de la adjudicación del concurso para la enajenación de la finca Can Domenge (propiedad del Consell Insular de Mallorca). En la narración de hechos probados consta como una parte de esos 4 millones de euros fueron utilizados en beneficio del partido político Unió Mallorca.

E. Unió Democràtica de Catalunya

La SAP Barcelona, 2ª, 53/2013, de 21 de enero, condenaba (por conformidad de las partes) al partido Unió Democràtica de Catalunya (UDC) como partícipe a título lucrativo, por haber obtenido una ventaja económica cifrada en 32.825.431 pesetas (197.284,82 euros). Entre 1994 y 1999 la Direcció General d'Ocupació del Departament de Treball de la Generalitat de Catalunya promovió una serie de cursos de formación dirigidos tanto a trabajadores en activo como a desempleados, para lo cual se concedían subvenciones a empresas que eran las que se encargaban de impartir, en última instancia, dichos cursos. Los condenados, entre los que se encontraba Vicenç Gavalda Casat (secretario de organización de UDC entre 1992 y 1996, y secretario de relaciones internacionales entre 1997 y 1999) acordaron que cerca del 10 % del importe de las subvenciones percibidas por tres empresas propiedad de Fidel Pallerols Montoya se desviarán a otros fines. Parte de esos fondos, concretamente

32.825.431 pesetas (197.284,82 euros), fueron destinados a la compra de mobiliario y material informático o de oficina para las sedes del partido, o al pago de las nóminas de los trabajadores, militantes de UDC, que, sin embargo, prestaban sus servicios laborales no para las empresas sino para el partido. Tres de los condenados (entre ellos Vicenç Gavaldá) lo fueron por un delito de fraude de subvenciones y otro de falsedad en documento mercantil, mientras que Lluís Gavaldá Casat (Director General d'Ocupació) debía responder por un delito de malversación.

F. Convergencia Democrática de Catalunya

La SAP Barcelona, 10ª, de 29 de diciembre de 2017, condenaba a CDC en calidad de partícipe a título lucrativo por haber obtenido a través del Palau de la Música de Catalunya la cantidad de 6.676.105'58 euros que correspondían con una parte de las comisiones que la empresa Ferrovial había pactado con miembros de dicho partido a cambio de adjudicaciones de contratos de la Administración Pública. Los mecanismos utilizados para hacer llegar dichas comisiones al partido fueron tres: 1) entregas en efectivo provenientes de las cuentas de la Associació y Fundació del Palau: 3.741.898,82 euros; 2) convenios de colaboración cultural entre la Associació y Fundació del Palau con la Fundació Trias Fargas (posteriormente denominada CATDEM) vinculada a CDC: 630.655 euros; y, 3) pago de facturas por servicios inexistentes prestados a la Fundació por determinadas entidades mercantiles (las cuales realizaban donaciones a CDC) y prestación de servicios por parte de estas al partido (y no al Palau de la Música): 2.303.552,16 euros. Entre los condenados se encontraba Daniel Osàcar Escrig (tesorero del partido), como autor de un delito continuado de tráfico de influencias y otro de blanqueo de capitales en concurso medial con un delito continuado de falsedad en documento mercantil y un delito de falsedad contable.

Por otro lado, los partidos Convergència Democràtica de Catalunya (CDC) y Partit Demòcrata Europeu Català (PDeCAT) resultaban también investigados por la supuesta comisión de delitos de tráfico de influencias, cohecho y blanqueo de capitales. En el auto del Juzgado Central de Instrucción número 5, de 27 de julio de 2018, se alude a la existencia de una estructura para financiar ilegalmente a CDC de

forma encubierta mediante “aportaciones” que una serie de empresas adjudicatarias de contratación pública en administraciones gobernadas por esta formación política hacían llegar al partido bajo la forma de donaciones en favor de sus fundaciones vinculadas (como CATDEM, FORUM BARCELONA y NOUS CATALANS), en ocasiones como contraprestación por la adjudicación de contratos de obra pública o de servicios, con vulneración de los principios de legalidad, igualdad y transparencia, y en otras simplemente para conseguir mejorar las expectativas de ser beneficiarios de tales contratos. Respecto del PDeCAT, se estima en la citada resolución que aunque los hechos refieren al período comprendido entre 2008 y 2013, y esta organización política se constituyó en 2016, la misma es una aparente continuación de CDC y, por tanto, la responsabilidad penal alcanza también a aquella.

Tras este breve análisis de las resoluciones judiciales traídas a colación, cabría poner de manifiesto, como ha sido defendido por parte de algún autor, que la financiación ilegal de los partidos no fuera delito hasta 2015 no implicaba que no se castigara, en cierto modo, a través de otras figuras delictivas como las de cohecho, tráfico de influencias, malversación, prevaricación, falsedad contable electoral, apropiación indebida de fondos electorales, administración desleal, falsedades societarias y contables, falsedades documentales, delitos fiscales, fraude de subvenciones, asociación ilícita u organización criminal²⁶ (como, de hecho, puede comprobarse en algunos de los ejemplos recién reseñados). MAROTO CALATAYUD calificaba esta situación de “atipicidad relativa”²⁷. En cambio, un importante sector doctrinal²⁸, con el que coincidimos, ha

26 Véase detalladamente, sobre esta cuestión, el análisis llevado a cabo por MAROTO CALATAYUD, Manuel, *La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 192 y ss.

27 *Ibidem.*, p. 176.

28 CUGAT MAURI, Miriam, “Financiación ilegal de partidos políticos”. En: BOIX REIG, Javier (Dir.), *Diccionario de Derecho penal económico*, Justel, Madrid, 2017, p. 536; VERA SÁNCHEZ, Juan Sebastián, “Financiación ilegal de los partidos políticos (arts. 304 bis-304 ter)”. En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Dirs.), *Manual de Derecho penal, económico y de empresa. Parte general*

venido a destacar que lo cierto es que ni los tipos existentes antes de la reforma del Código Penal de 2015 (ni los resultantes tras ésta) abarcan (o permiten abarcar ahora) todo el desvalor de aquellas conductas que refieren a la financiación ilegal, por lo que no puede afirmarse que el Código Penal ya sancionaba (aunque no explícitamente) la financiación ilegal de los partidos (lo que, por otro lado, iría en contra del principio de legalidad). Y tampoco que figuras delictivas como el blanqueo de capitales, cohecho, tráfico de influencias o fraude fiscal (entre otras) sigan castigando también implícitamente, en la actualidad, la financiación ilegal, lo que sería tanto como admitir que en la mayoría de casos de financiación ilegal se incurriría en *bis in idem*. Por ello, conviene tener presente, como afirma NIETO MARTÍN, que en el delito de financiación ilegal de los partidos políticos se lesiona un bien jurídico autónomo²⁹.

De ahí que tampoco podamos compartir la opinión de aquellos autores que han justificado la introducción del delito de financiación ilegal excusándose en el deficitario control que ejerce el Tribunal de Cuentas sobre la financiación de estos³⁰. Si este fuera el único problema, bastaría

y *Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 368; y, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y GALLEGRO SOLER, José Ignacio, "Artículo 304 bis". En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y MIR PUIG, Santiago (Dirs.), *Comentarios al Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1051. Se muestra contraria a esta tesis GARCÍA ARÁN, para quien la regulación penal vigente es suficiente para sancionar la financiación ilegal de los partidos políticos. Véase: GARCÍA ARÁN, Mercedes, "Sobre la tipicidad penal de la financiación irregular de los partidos políticos". En: MAQUEDA ABREU, María Luisa; MARTÍN LORENZO, María y VENTURA PÜSCHEL, Arturo (Coords.), *Derecho penal para un Estado social y democrático de Derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, Servicio de publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2016, p. 605.

29 NIETO MARTÍN, Adán, "Financiación ilegal de partidos políticos (arts. 10°-13°)". En: ARROYO ZAPATERO, Luis y NIETO MARTÍN, Adán (Coords.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, p. 123.

30 Así, por ejemplo, SANTANA VEGA, Dulce María, "El delito de financiación ilegal de partidos políticos". En: QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. y SANTANA VEGA, Dulce Ma-

con revertir dicha situación. Por el contrario, a nuestro parecer, la intervención del Derecho Penal en este ámbito responde a la necesidad de tutelar un bien jurídico propio que no encuentra protección en ningún otro precepto de nuestro Código Penal, ni tampoco en la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos (en adelante, LOFPP) o en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (en adelante, LOREG). Cuestión distinta será que la actual regulación que del delito de financiación ilegal se hace en el art. 304° *bis* CP no confiera la debida protección al bien jurídico que, como se expondrá a continuación, consideramos queda tutelado en dicho delito. De ahí la propuesta de reforma que de este precepto se formula más adelante³¹.

III. ¿QUÉ BIEN JURÍDICO ES OBJETO DE TUTELA?

Tradicionalmente, la concreción o delimitación del bien jurídico protegido en cada figura delictiva es una cuestión que siempre genera controversia entre la doctrina, aunque, quizás, en el caso de la financiación ilegal de los partidos políticos, la diversidad de conclusiones a las que se ha llegado resulta abrumadora. Por ello, trataremos de describir, a continuación, las principales posturas mantenidas respecto de esta cuestión, tras lo cual expresaremos nuestro propio criterio.

GONZÁLEZ GUGEL, al igual que la doctrina mayoritaria, ha considerado que el interés tutelado en el delito de financiación ilegal de los partidos políticos es el correcto funcionamiento del propio sistema de partidos³². Sin embargo, este bien jurídico ha sido interpretado de formas distintas. Así, NIETO MARTÍN considera que la protección conferida al sistema de partidos se traduce en: a) garantizar que los partidos

ría (Dir.s.), *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 148.

31 Véase *infra*, 4.3.

32 GONZÁLEZ GUGEL, Jaime, "Financiación ilegal de partidos políticos". En: AYALA GÓMEZ, Ignacio y ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (Coords.), *Penal económico y de la empresa 2016-2017*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, p. 726.

políticos actúen defendiendo los intereses de clase o políticos, no que acaben siendo una herramienta en manos de determinados intereses privados; b) igualdad de armas y por tanto de recursos; y, c) evitar que se mine la democracia interna de los partidos³³. Para otros autores, la tutela del sistema de partidos conlleva proporcionar protección a otros valores como: la transparencia en la financiación; la igualdad de oportunidades; y, la confianza de los ciudadanos en el sistema de financiación³⁴. A los cuales NÚÑEZ CASTAÑO añade el de la democracia interna de los partidos³⁵.

Por otro lado, HAVA GARCÍA circunscribe el bien jurídico protegido al sistema de partidos junto a la transparencia en la financiación, la igualdad de oportunidades y el normal funcionamiento de la Administración Pública³⁶. Y, por su parte, SERRANO TÁRRAGA lo vincula además de con el sistema de partidos, la transparencia en la financiación, la igualdad de oportunidades y la confianza de los ciudadanos en el sistema político, con la libertad en la formación y manifestación de la voluntad popular, para que no se produzcan injerencias dirigidas a favorecer intereses particulares³⁷.

Para otro sector doctrinal, lo que se protege en el delito de financiación ilegal de los partidos políticos es el correcto desempeño de las funciones constitucionales que estos tienen encomendadas por mandato

33 NIETO MARTÍN, "Corrupción y abuso de poder (I)", *op. cit.*, pp. 473 y ss.

34 PUENTE ABA, Luz María, *El delito de financiación ilegal de partidos políticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 59; VERA SÁNCHEZ, "Financiación ilegal de los partidos políticos (arts. 304 bis-304 ter)", *op. cit.*, p. 368; y, CORCOY BIDASOLO y GALLEGU SOLER, "Artículo 304 bis", *op. cit.*, pp. 1051 y ss.

35 NÚÑEZ CASTAÑO, "La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos", *op. cit.*, p. 134.

36 HAVA GARCÍA, Esther, "Financiación ilegal de partidos políticos". En: TERRADILLOS BASOCO, Juan María (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Tomo III. Derecho penal parte especial*, vol. I, Iustel, Madrid, 2016, p. 456.

37 SERRANO TÁRRAGA, María Dolores, "Receptación de delitos, blanqueo de capitales y financiación ilegal de los partidos políticos". En: SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Curso de Derecho penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 444.

del art. 6° del CE, esto es, expresar el pluralismo político, concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular y ser instrumento fundamental para la participación política³⁸.

No faltando quienes, como JAVATO MARTÍN, han entendido que tanto el sistema de partidos como las funciones constitucionales que estos desempeñan son los valores protegidos por el art. 304° bis CP³⁹.

Otros, como DE MIGUEL BERIAIN, cifran el bien jurídico protegido en la transparencia del sistema político y la existencia de un sistema democrático representativo fundamentado en la existencia de partidos políticos que han de ejercer su función siguiendo las exigencias de igualdad⁴⁰. O en la protección de los principios y valores constitucionales que atañen al proceso democrático en un Estado de Derecho⁴¹.

Llegados a este punto, tan solo nos queda exponer cuál es, a nuestro juicio, el bien jurídico protegido en el delito de financiación ilegal de

38 CUGAT MAURI, "Financiación ilegal de partidos políticos", *op. cit.*, p. 536; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo, "Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos". En: MORILLAS CUEVAS, Lorenzo (Dir.), *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 790; BASSO, Gonzalo Javier, "Delitos de financiación ilegal de los partidos políticos". En: MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (Coord.), *Penal 2017*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, p. 1400; MAROTO CALATAYUD, Manuel, "Financiación ilegal de partidos políticos". En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 761; y, OLAIZOLA NOGALES, Inés, "Medidas de regeneración democrática. La nueva regulación de la financiación de los partidos políticos en España". En: *Estudios de Deusto*, n.º 63-1, 2015, p. 341.

39 JAVATO MARTÍN, Antonio María, "Artículo 304 bis". En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, t. 3, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 718.

40 DE MIGUEL BERIAIN, Iñaki, "Delitos de financiación ilegal de los partidos políticos". En: ROMEO CASABONA, Carlos María; SOLA RECHE, Esteban y BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (Coord.), *Derecho penal. Parte general*, Comares, Granada, 2016, p. 456.

41 Contrástese con SANDOVAL CORONADO, "Aportación a una reflexión político criminal sobre la corrupción en la financiación de los partidos políticos", *op. cit.*, p. 17.

los partidos políticos. A nuestro parecer, este consiste en la igualdad de oportunidades (entre formaciones políticas) en materia de financiación. En este sentido, consideramos que la financiación ilegal de los partidos debiera concebirse (en este ámbito concreto) como un supuesto de “competencia desleal” entre este tipo de organizaciones, pues la ventaja económica que pudiera obtenerse ilícitamente por la formación política correspondiente situaría a esta en una mejor posición competitiva respecto del resto de partidos. No obstante, cabría advertir que sin la configuración que de los partidos políticos se hace en el art. 6° del CE sería difícilmente justificable la tipificación de este delito con base en tal argumento.

Próximos a nuestra tesis (aunque no aludan en exclusiva al ámbito de la financiación) se han mostrado algunos autores como GONZÁLEZ HURTADO, para quien en este delito se garantiza la igualdad de oportunidades de los partidos políticos y una competencia sana entre los mismos⁴². En sentido similar, SANTANA VEGA ha sostenido que se protege, de manera directa, el correcto funcionamiento de los partidos políticos en condiciones de igualdad⁴³. Y también BUSTOS RUBIO, quien identifica como bien jurídico directamente tutelado la libre concurrencia de partidos políticos en condiciones de igualdad de oportunidades⁴⁴. Ahora bien, la vinculación del bien jurídico protegido (la igualdad de oportunidades o competencia leal entre partidos) al ámbito estrictamente de la financiación, como hemos hecho, deviene esencial. De lo contrario, podrían quedar integrados (en dicho delito) supuestos que, como el que a continuación se pone de ejemplo, poco o nada tienen que ver con la financiación ilegal aún cuando, efectivamente, también afecten a la

42 GONZÁLEZ HURTADO, Jorge, “El delito de financiación ilegal de partidos políticos”. En: *El País*, 2015. Disponible en: <http://blogs.elpais.com/alternativas/2015/01/el-delito-de-financiacion-ilegal-de-partidos-politicos.html> [Consulta: 12 de febrero de 2018].

43 SANTANA VEGA, “El delito de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 130.

44 BUSTOS RUBIO, “El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 69.

igualdad de oportunidades entre organizaciones políticas (en sentido abstracto): piénsese, en este sentido, en un partido que obtiene información comprometida de su principal adversario al accederse a sus sistemas informáticos de forma ilícita y difunde dicha información en contra de aquel.

SANTANA VEGA y BUSTOS RUBIO (respectivamente) han señalado, además, que también están presentes -como bienes jurídicos mediatos- la protección de la capacidad recaudatoria del Estado y el correcto funcionamiento de la Administración Pública⁴⁵. Así como que, mediatamente, se consigue “el efecto de sostener el sistema democrático español de partidos”⁴⁶. No obstante, no debe confundirse la finalidad objetiva de la norma o *ratio legis* (el denominado bien jurídico mediatos) con el bien jurídico en sentido estricto (o bien jurídico inmediato), dado que, como remarcan COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, “no son criterios idénticos ni absolutamente coincidentes, pues no siempre la protección penal otorgada a un determinado bien jurídico constituye la finalidad última perseguida por el ordenamiento al otorgarla”⁴⁷.

Ratio legis o finalidad perseguida por el legislador que, por otro lado, puede identificarse, en el caso que nos ocupa, con la transparencia en la financiación de los partidos; la confianza de los ciudadanos en dicho sistema; o, la prevención de la corrupción y desviación de poder⁴⁸. Sin embargo, otras finalidades como potenciar la democracia interna

45 SANTANA VEGA, “El delito de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 130.

46 BUSTOS RUBIO, “El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 69.

47 COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 320 y ss. Insiste también en la necesidad de distinguir entre bien jurídico inmediato y mediatos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlo, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 159 y ss.

48 DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “Aproximación a las necesidades de reforma legal en relación con la respuesta penal a la corrupción política”. En: GIL NOBAJAS, Soledad, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial y sobre la co-*

de los partidos; favorecer el correcto funcionamiento del sistema de partidos; la protección de sus funciones constitucionales; o, mejorar la calidad del sistema democrático⁴⁹; consideramos pueden predicarse (en general) del sistema de responsabilidad penal de los partidos en sí, y no en exclusiva de este delito. No obstante, las razones incriminatorias aquí apuntadas (como, por ejemplo, preservar el recto funcionamiento de las Administraciones Públicas) no pueden llevarnos a afirmar que estemos ante un delito de peligro, ni tampoco de lesión, pues la clasificación de los tipos penales se debe llevar a cabo en atención al bien jurídico protegido⁵⁰. Queremos con ello decir que, el hecho de que algunos tipos de acción (en el delito de financiación ilegal) se erijan en tipos de peligro y otros de lesión, será consecuencia de entender que en el primero de los casos se pueda poner en riesgo (en mayor o menor medida) el bien jurídico que aquí se ha tomado en consideración o porque se atente efectivamente contra él, y no con base en algunas de las múltiples finalidades perseguidas por el legislador con este delito⁵¹.

IV. PROPUESTA LEGISLATIVA DE REFORMA

Comenzaremos este apartado abordando, como punto de partida, las incoherencias que muestra el actual art. 304° *bis* del CP y la problemática que plantea su configuración como norma penal en blanco para justificar, junto con la necesidad de otorgar una adecuada protección al bien jurídico, nuestra propuesta de *lege ferenda* respecto de este delito. Tras la cual aludiremos a las posibles relaciones concursales que podrían

rrupción en el ámbito público, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2015, p. 270.

49 SANDOVAL CORONADO, Juan Carlos, “La financiación corrupta de los partidos políticos. A propósito del caso *Pallerols*”. En: PUENTE ABA, Luz María (Dir.), *La intervención penal en supuestos de fraude y corrupción. Doctrina y análisis de casos*, Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2014, p. 371.

50 ORTS BERENGUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 244 y ss.

51 Véase *infra*, 4.3.

darse en torno a la nueva configuración del delito de financiación ilegal de los partidos políticos.

A. Críticas al vigente art. 304° bis del Código Penal español

El legislador español solo se ha centrado, a la hora de configurar el delito de financiación ilegal de partidos, en los fondos o aportaciones que estos reciben, esto es, únicamente en la vertiente de los ingresos que obtiene el partido y no en el ahorro de costes con los que también se puede financiar (ilegalmente) al partido⁵². De forma que, por ejemplo, será delito que una empresa done 25.000 euros a un partido, pero no que sufrague los gastos de la campaña electoral de esa formación. Además, no distingue el art. 304° bis del CP entre donaciones de procedencia lícita o ilícita, por lo que dará igual, por ejemplo, que los 60.000 euros entregados por un particular provengan de una estafa que se trate de dinero que este haya obtenido lícitamente. Por otro lado, resulta también cuestionable que no quede abarcada por el art. 304° bis del CP la obtención de financiación ilícita de origen público⁵³ o las donaciones de bienes

52 Así lo han destacado, entre otros, JAVATO MARTÍN, Antonio María, "El delito de financiación ilegal de los partidos políticos (arts. 304 bis y 304 ter CP). Aspectos dogmáticos, político-criminales y de derecho comparado". En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2017, p. 28; NÚÑEZ CASTAÑO, "La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos", *op. cit.*, p. 138; PUENTE ABA, *El delito de financiación ilegal de partidos políticos*, *op. cit.*, p. 86; BASSO, "Delitos de financiación ilegal de los partidos políticos", *op. cit.*, p. 1401; GONZÁLEZ GUGEL, "Financiación ilegal de partidos políticos", *op. cit.*, p. 725; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, "Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos", *op. cit.*, p. 792; y, QUINTERO OLIVARES, "Art. 304° bis y art. 304° ter", *op. cit.* p. 531.

53 En este sentido se han pronunciado, por ejemplo, JAVATO MARTÍN, "El delito de financiación ilegal de los partidos políticos (arts. 304 bis y 304 ter CP). Aspectos dogmáticos, político-criminales y de derecho comparado", *op. cit.*, p. 28; NÚÑEZ CASTAÑO, "La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos", *op. cit.*, p. 131; PUENTE ABA, *El delito de financiación ilegal de partidos políticos*, *op. cit.*, pp. 79 y ss.; BUSTOS RUBIO, "El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos", *op. cit.*, p. 64; BASSO, "Delitos de financiación ilegal de los partidos políticos", *op. cit.*, p. 1402; GONZÁLEZ GUGEL, "Financiación

inmuebles hechas por personas físicas, que no quedan sujetas a límite cuantitativo alguno (a diferencia de lo que sucede con la restricción de los 50.000 euros anuales)⁵⁴. Así, tampoco se entiende (siguiendo la lógica adoptada por el legislador) por qué otras infracciones de la LOFPP no son consideradas delictivas, como, por ejemplo: las condonaciones de deuda por parte de entidades de crédito⁵⁵ y las donaciones de personas físicas con contratos vigentes con la Administración Pública⁵⁶.

Pero, sin duda, el aspecto más polémico es el referente a la no inclusión de las fundaciones y asociaciones vinculadas a los partidos en el ámbito subjetivo del art. 304° *bis* del CP. En este sentido, la Disposición Adicional séptima de la LOFPP permite que estas puedan recibir donaciones de personas físicas, jurídicas o entes sin personalidad jurídica sin atender a las restricciones establecidas en el art. 5° a) y b) de la LOFPP. De forma que, si bien las donaciones efectuadas a un partido por sus fundaciones o asociaciones vinculadas serían constitutivas de un delito

ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 725; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, “Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 792; VERA SÁNCHEZ, “Financiación ilegal de los partidos políticos (arts. 304 bis-304 ter)”, *op. cit.*, p. 368; y, CORCOY BIDASOLO y GALLEGU SOLER, “Artículo 304 bis”, *op. cit.*, p. 1051.

- 54 PUENTE ABA, *El delito de financiación ilegal de partidos políticos*, *op. cit.*, pp. 87 ss. JAVATO MARTÍN, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (19-26), 2017, p. 28; BUSTOS RUBIO, “El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 64; BASSO, “Delitos de financiación ilegal de los partidos políticos”, *op. cit.*, p. 1401; y, MAROTO CALATAYUD, “Financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 762.
- 55 PUENTE ABA, *El delito de financiación ilegal de partidos políticos*, *op. cit.*, p. 85; NÚÑEZ CASTAÑO, “La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 138. BUSTOS RUBIO, “El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 64; BASSO, “Delitos de financiación ilegal de los partidos políticos”, *op. cit.*, p. 1401; GONZÁLEZ GUGEL, “Financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 725; MAROTO CALATAYUD, “Financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 762; QUINTERO OLIVARES, “Art. 304° bis y art. 304° ter”, *op. cit.*, p. 531; y, OLAIZOLA NOGALES, *Estudios de Deusto*, (63-1), 2015, p. 350.
- 56 Así, PUENTE ABA, *El delito de financiación ilegal de partidos políticos*, *op. cit.*, p. 87. Y OLAIZOLA NOGALES, *Estudios de Deusto*, (63-1), 2015, p. 350.

de financiación ilegal (pues se trata de donaciones hechas por personas jurídicas), no sucederá lo mismo respecto de la asunción de gastos del partido por parte de estas. Ello constituye, sin duda, una auténtica “válvula de escape” que permite sortear a los partidos las limitaciones impuestas a su financiación⁵⁷.

Por todo ello, como ha convenido en calificar la doctrina, se trata de una regulación fragmentaria⁵⁸, defectuosa⁵⁹, incompleta⁶⁰ e incoherente⁶¹. De ahí que se haya puesto en duda su eficacia⁶², por el alcance sumamente limitado de la misma⁶³, constituyendo así un ejemplo más

-
- 57 SANTANA VEGA, “El delito de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 137; NÚÑEZ CASTAÑO, “La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 138; JAVATO MARTÍN, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (19-26), 2017, p. 29. PUENTE ABA, *El delito de financiación ilegal de partidos políticos*, *op. cit.*, pp. 95 y ss.; BUSTOS RUBIO, “El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 64; BASSO, “Delitos de financiación ilegal de los partidos políticos”, *op. cit.*, p. 1402; GONZÁLEZ GUGEL, “Financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 726; QUINTERO OLIVARES, “Art. 304° bis y art. 304° ter”, *op. cit.*, p. 531; VERA SÁNCHEZ, “Financiación ilegal de los partidos políticos (arts. 304 bis-304 ter)”, *op. cit.*, p. 368; GÓMEZ BENÍTEZ, “Financiación ilegal de partidos políticos y corrupción”, *op. cit.*, p. 148; MAROTO CALATAYUD, “Financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 762; CORCOY BIDASOLO y GALLEGO SOLER, “Artículo 304 bis”, *op. cit.*, p. 1051; NIETO MARTÍN, “Corrupción y abuso de poder (I)”, *op. cit.*, p. 472; y, DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Aproximación a las necesidades de reforma legal en relación con la respuesta penal a la corrupción política”, *op. cit.*, p. 274.
- 58 MESTRE DELGADO, Esteban, “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”. En: LAMARCA PÉREZ, Carmen (Coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 540.
- 59 HAVA GARCÍA, “Financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 455.
- 60 BUSTOS RUBIO, “El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 64.
- 61 NÚÑEZ CASTAÑO, “La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 151.
- 62 *Ibidem.*, p. 152.
- 63 BASSO, “Delitos de financiación ilegal de los partidos políticos”, *op. cit.*, p. 1400.

de Derecho Penal simbólico⁶⁴. En este sentido, coincidimos plenamente con MACÍAS ESPEJO cuando afirma que se ha perdido la oportunidad de tomarse de una vez en serio el problema de la financiación ilegal, en lo que viene a ser un nuevo episodio de la política criminal “capturada por intereses espurios”⁶⁵.

B. La remisión del art. 304° bis del Código Penal español a la Ley Orgánica sobre Financiación de los Partidos Políticos: más confusión que certeza

En el delito de financiación ilegal de los partidos políticos la responsabilidad penal de estos puede originarse, principalmente⁶⁶, por la recepción de determinados tipos de donaciones, a saber: 1) donaciones anónimas, finalistas o revocables; 2) donaciones procedentes de una misma persona física superiores a 50.000 euros anuales; 3) donaciones procedentes de personas jurídicas y de entes sin personalidad jurídica; 4) donaciones en especie de bienes inmuebles (superiores a 50.000 euros) en las que no se especifique, además de la identificación del donante, el documento en que conste la entrega del bien y no se haga mención al carácter irrevocable de la misma; y, 5) donaciones de Gobiernos y organismos, entidades o empresas públicas extranjeras o de empresas relacionadas directa o indirectamente con los mismos que superen los 100.000 euros.

64 JAVATO MARTÍN, “El delito de financiación ilegal de los partidos políticos (arts. 304 bis y 304 ter CP). Aspectos dogmáticos, político-criminales y de derecho comparado”, *op. cit.*, p. 41.

65 MACÍAS ESPEJO, Belén, “Sobre la incriminación de la financiación ilegal de partidos políticos en el artículo 304 bis del Código Penal”. En: *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 119, 2016, p. 154.

66 Aunque en el art. 304° bis CP no sólo se sancione la recepción de determinadas donaciones, sino también la entrega de éstas, lo habitual será que la responsabilidad penal del partido se origine por aquella acción y no por ésta última. Aun cuando nada obsta para que, por ejemplo, un partido fuere condenado por realizar una donación en favor de otro (dado que se trataría de una donación hecha por persona jurídica).

Sin embargo, esta enumeración de donaciones constitutivas de delito no viene contemplada explícitamente en el art. 304° *bis* del CP, sino que dicho precepto se limita a describir la conducta típica (recibir)⁶⁷ para luego remitirse a los arts. 5°.1 y 7°.2 de la LOFPP, en los cuales se hace mención a este tipo de donaciones. Por tanto, nos encontramos ante una norma penal en blanco. Ahora bien, ¿significa ello que quede al margen del art. 304° *bis* del CP cualesquiera clases de irregularidades relacionadas con la financiación electoral? Así lo ha entendido un determinado sector doctrinal que considera que también la LOREG prevé determinadas infracciones en materia de financiación electoral y, en cambio, el Código Penal no alude a ellas⁶⁸.

De seguir esta interpretación, una donación hecha por una persona jurídica a un partido por importe de 9.000 euros, para fines electorales, estaría permitida (ex art. 129° de la LOREG). En cambio, la misma donación destinada a gastos ordinarios del partido sería constitutiva de delito. De igual forma, la donación realizada por una persona física en los siguientes términos: 2.000 euros para gastos electorales y 49.000 euros para gastos de normal funcionamiento del partido, no sería delictiva, aun superando el límite de 50.000 euros anuales. En igual sentido, la donación hecha por un Gobierno extranjero por importe de 2.000.000 euros para financiar la campaña electoral de una formación política no supondría una infracción del art. 128° de la LOREG por parte del partido, pues, aunque dicho precepto lo prohíba, las sanciones a las que alude, por su parte, el art. 153°.1 de la LOREG, solo son aplicables a personas físicas.

67 Téngase en cuenta, como ya se ha dicho, que si bien los arts. 304° bis 1 y 2 CP castigan la recepción de este tipo de aportaciones, el art. 304° bis 4 CP hace lo propio respecto de la entrega de las mismas.

68 MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 486; PUENTE ABA, *El delito de financiación ilegal de partidos políticos*, *op. cit.*, pp. 78 y ss.; NÚÑEZ CASTAÑO, "La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos", *op. cit.*, pp. 131 y ss.; BUSTOS RUBIO, "El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos", *op. cit.*, p. 66; y, BASSO, "Delitos de financiación ilegal de los partidos políticos", *op. cit.*, p. 1402.

Por ello, a nuestro juicio, la desafortunada remisión del art. 304° *bis* del CP a la LOFPP debe entenderse hecha solo al tipo o clase de donaciones a las que aluden los arts. 5° .1 y 7° .2 de la LOFPP, y no a su ámbito objetivo de aplicación que, por otro lado, no solo se circunscribe a la financiación ordinaria, pues también en ella se contemplan previsiones, por ejemplo, en materia de superación de gastos electorales. De forma que, en nuestra opinión, el art. 304° *bis* del CP no estaría estableciendo ninguna distinción entre ambos tipos de financiación: electoral y ordinaria. Aunque lo preferible para evitar confusiones sería, como se propone a continuación, que la remisión efectuada a la LOFPP desapareciera del art. 304° *bis* del CP.

No obstante, la recepción de aquellas donaciones que el art. 304° *bis* del CP considera delictivas constituye igualmente una infracción muy grave de la LOFPP (art. 17° .2), por la cual también puede sancionarse administrativamente a dichas organizaciones. Sin embargo, no podrían plantearse supuestos de *bis in idem* en este contexto dado que el propio art. 17° .1 de la LOFPP establece que el Tribunal de Cuentas acordará la imposición de sanciones al partido político que comete alguna de las infracciones que se tipifican en este artículo “siempre que no constituyan delito”. Y lo mismo cabe decir respecto de las infracciones en materia electoral que prevén los arts. 128° y 129° de la LOREG, las cuales solo pueden atribuirse a personas físicas y ser sancionadas por la Junta Electoral competente de no constituir delito (art. 153° .1 de la LOREG).

C. La reforma del delito de financiación ilegal de los partidos políticos

Con todo, más allá de las críticas que se puedan hacer al legislador por la deficiente e incoherente regulación del delito de financiación ilegal o por la confusión a que se presta el tipo penal al configurarlo como una norma penal en blanco (aspectos, sin duda, a tener en cuenta), la principal motivación que nos lleva a plantear esta propuesta de *lege ferenda* no es otra que, en atención al bien jurídico que estimamos queda protegido en el delito de financiación ilegal de los partidos políticos (a saber, la igualdad de oportunidades o competencia leal, entre este tipo de formaciones, en materia de financiación), consideramos que el actual art. 304 *bis* del

CP alberga determinadas conductas delictivas que, a nuestro juicio, no atentan contra dicho interés, y viceversa, otras acciones potencialmente lesivas de este no quedan comprendidas en tal precepto. En este sentido, coincidimos plenamente con PUENTE ABA cuando afirma que la actual regulación del delito de financiación ilegal de los partidos políticos no respeta ni el principio de subsidiariedad ni el de fragmentariedad⁶⁹. De ahí la propuesta de reforma que se expone a continuación.

1. Consideraciones generales (comunes a todos los tipos)

En primer lugar, a diferencia de lo que sucede en el vigente art. 304° *bis* del CP, que solo refiere a una clase de financiación muy concreta como son las donaciones, consideramos que el objeto material de dicho delito debiera extenderse a cualquier clase de financiación. De forma que comprendiera la recepción de todo tipo de recursos (públicos o privados) de contenido económico-patrimonial o susceptibles de ser sometidos a tal valoración, como pudiera ser, a título de ejemplo, no solo las donaciones de bienes muebles o inmuebles, sino también: subvenciones, asunción de gastos del partido (que implicarían para este un ahorro de costes)⁷⁰, concesión de préstamos, asunción o condonación de deudas, o la cesión de derechos (como los de usufructo o crédito), etc.

En segundo lugar, el listado de benefactores quedaría conformado por personas físicas, personas jurídicas y entes sin personalidad jurídica. Así, sería conveniente que desapareciese la mención expresa que efectúa el actual art. 304° *bis* del CP a las donaciones de Gobiernos y organismos, entidades o empresas públicas extranjeras o de empresas relacionadas con los mismos, pues ya quedarían comprendidos en la categoría de personas jurídicas (al no distinguirse entre nacionales y extranjeras).

En tercer lugar, la inclusión de la cláusula “directa o indirectamente” en determinados tipos contribuiría a conferir una protección lo más amplia posible al bien jurídico protegido, evitando así cualquier posible resquicio que condujera a la atipicidad de la conducta.

69 PUENTE ABA, *El delito de financiación ilegal de partidos políticos*, op. cit., p. 141.

70 El art. 4° 3 LOPFP se refiere a éstas como “operaciones asimiladas”.

En cuarto lugar, la alusión que los arts. 304° *bis* 1 y 2 del CP hacen al verbo “recibir” ha llevado a algunos autores a sostener que tanto la solicitud como la aceptación de aquellas donaciones consideradas delictivas serían atípicas⁷¹. Por ello, a pesar que, a nuestro juicio, es plausible concebir ambas modalidades como ejemplos de tentativa, resultaría conveniente incluirlas expresamente en aquellos tipos que por su naturaleza se presten a ello (como más adelante se verá) para evitar cualquier margen interpretativo y, sobre todo, porque consideramos deben castigarse de forma autónoma. Ahora bien, ello no supone que estemos proponiendo elevar a categoría de delito meros actos preparatorios, como así han sido calificadas, por parte de alguna autora, la solicitud y aceptación⁷²; sino que los tipos de acción que consistieran en solicitar o aceptar cualquier clase de financiación quedarían configurados como tipos de peligro concreto. Por el contrario, sí merecería la consideración de acto preparatorio, a título de ejemplo, el proponerse solicitar una donación a un empresario a cambio de adjudicarle directamente (sin licitación alguna) un determinado contrato público. Sin embargo, no se plantea en esta modificación del art. 304° *bis* del CP la necesidad de castigar la realización de actos preparatorios como el que aquí se ha traído a colación.

Por último, cabe señalar que, aunque en la propuesta de reforma que a continuación se detalla solo nos hayamos centrado en la responsabilidad penal de los partidos políticos como receptores de recursos económicos de carácter ilegal, ello no significa, naturalmente, que nos hayamos olvidado de la otra parte del binomio, esto es, de quienes

71 Así, por ejemplo, NÚÑEZ CASTAÑO, “La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 140; PUENTE ABA, *El delito de financiación ilegal de partidos políticos*, *op. cit.*, pp. 76 y ss.; y, MUÑOZ CUESTA, JAVIER, “Delitos de financiación ilegal de partidos políticos”. En: *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 5, 2015, p. 14.

72 Contrástese con SIERRA LÓPEZ, María del Valle, “El delito de financiación ilegal de partidos políticos: ¿mayor eficacia en la lucha contra la corrupción?”. En: GÓMEZ RIVERO, María del Carmen y BARRERO ORTEGA, Abraham (Dir.), *Regeneración democrática y estrategias penales en la lucha contra la corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 806.

soliciten, acepten o lleguen a financiar a un partido de la forma prevista en los apartados primero a quinto (véase *infra*), lo cual conllevaría el correspondiente reproche penal⁷³. Ni tampoco, que solo sea delito (en los términos aquí propuestos) la financiación ilegal de los partidos políticos, sino también la que afecte a las federaciones de estos, coaliciones electorales o agrupación de electores. Si bien no son cuestiones que podamos atender en este trabajo por exceder de su objeto.

— Conductas delictivas que, a nuestro entender, debieran quedar integradas en el tipo de financiación ilegal, y por las cuales podría responsabilizarse a una formación política:

a) Solicitar, aceptar, o recibir, directa o indirectamente, cualquier tipo de financiación de carácter anónimo

Los tipos de acción aquí formulados se configurarían todos ellos como tipos de peligro concreto, por cuanto el anonimato impide identificar no solo quién es el benefactor, sino que, además, dificulta o imposibilita averiguar la procedencia (lícita o ilícita) de dicha contribución, así como el destino o finalidad de la misma, y ello se traduce en que existe la probabilidad de que el bien jurídico protegido resulte dañado, pues tales conductas generarían una situación objetiva de riesgo específico para aquél.

Ejemplo: un determinado partido inicia una campaña de *crowdfunding* en la que los donantes no tienen la obligación de identificarse. En consecuencia, el partido puede recibir numerosas pequeñas aportaciones tanto de personas bienintencionadas y comprometidas con los ideales de este como provenientes de una organización criminal (lo cual no sería detectable). De suceder esto último, el partido se vería en una posición competitiva ventajosa respecto del resto de formaciones políticas que deciden no recurrir a este tipo de financiación totalmente opaca.

73 Nos referimos, básicamente, a personas físicas, fundaciones, empresas o instituciones que financien ilegalmente a un partido político. Con todo, y aun cuando resulta difícil de imaginar que una formación política se dedique a financiar de manera ilegal a otro partido, federación, coalición o agrupación de electores, nada obsta, en realidad, para que ello suceda.

b) Solicitar, aceptar, o recibir, directa o indirectamente, cualquier tipo de financiación de carácter finalista o revocable de personas físicas, personas jurídicas o entes sin personalidad jurídica

Entendiéndose por financiación de carácter finalista aquella que se dirige a lograr la actuación del partido en un determinado sentido (lícito o no) con independencia de que esta se produzca antes o después de la solicitud, aceptación, o recepción de la financiación. Por financiación de carácter revocable se entenderá aquella susceptible de ser retirada en caso de no cumplirse la condición a la que quede sujeta.

Las conductas relativas a solicitar o aceptar este tipo de financiación deben concebirse como tipos de peligro concreto, mientras que la de recibir aquella se erige en un tipo de lesión. En cualquier caso, la probabilidad de afectación del bien jurídico o su efectiva lesión derivaría de la siguiente circunstancia: aquellos partidos que no se prestan a vender su "voluntad" o no están dispuestos a incurrir en ilegalidades (que es lo que cabría esperar de ellos), estarían en condiciones de inferioridad respecto de aquellos que sí opten por esa otra senda.

Ejemplos: a) un Gobierno extranjero realiza una donación de 10 millones de dólares al partido que sustenta al Ejecutivo para que se apruebe la instalación de una base militar en territorio español; b) una entidad de crédito condona toda la deuda que tenía contraída un determinado partido con aquélla a cambio de que interceda para que se le conceda el indulto al presidente de dicho banco (que ha sido condenado por fraude fiscal); c) un empresario (persona física) promete a un partido pagarle todos los gastos de una concreta campaña electoral si se le adjudica el contrato de gestión de aguas residuales de un importante municipio (el cual debiera licitarse).

No obstante, si bien hemos sostenido que podría castigarse a un partido por solicitar, aceptar, o recibir financiación dirigida a conseguir una concreta actuación por su parte (aun cuando fuera para un fin lícito), determinadas conductas en este ámbito podrían considerarse irrelevantes por carecer de la más mínima carga ofensiva.

Ejemplo: un empresario decide que el partido político para el que suele trabajar no le efectúe el pago de los últimos servicios contratados a cambio de que este siga contando con él en futuras ocasiones.

c) Solicitar, aceptar, o recibir, directa o indirectamente, cualquier tipo de financiación de origen ilícito de personas físicas, personas jurídicas o entes sin personalidad jurídica

Una vez más, tanto la solicitud como la aceptación de dicha financiación constituirían tipos de peligro concreto, y la recepción, por su parte, un tipo de lesión. El recurso a este tipo de financiación atentaría contra la competencia leal que se presupone debiera existir o exigírsele a estas organizaciones, competencia leal que consistiría en que los partidos se pudieran financiar sin límites cuantitativos, pero sí cualitativos, esto es, que se financiasen única y exclusivamente con recursos totalmente lícitos.

Ejemplos de financiación de origen ilícita: cualquiera procedente de un delito como pudieran ser los de malversación de caudales públicos, cohecho, apropiación indebida, estafa, robo, tráfico de drogas, prostitución, etc.

Repárese, por otro lado, en el hecho de que no hayamos aludido a que dicho origen ilícito deba ser conocido. De darse esto último el delito de financiación ilegal podría entrar en concurso con el de blanqueo de capitales.

d) Solicitar, aceptar, o recibir, directa o indirectamente, cualquier tipo de financiación pública de forma ilegal o fraudulenta

Aquí también los tipos de acción consistentes en solicitar o aceptar constituirían tipos de peligro concreto, y la recepción quedaría configurada como un tipo de lesión. La finalidad pretendida con las conductas descritas sería la de evitar que el partido que recurriese a este tipo de artes consiguiera una ventaja competitiva (de carácter económico) que le situara en una mejor posición con respecto del resto de formaciones políticas.

Ejemplos: a) recibir de forma fraudulenta una subvención para gastos electorales; b) solicitar que se le asigne al partido una subvención para gastos ordinarios de mayor cuantía a la que le correspondería por ley; c) aceptar (en el sentido de acordar o aprobar) que se le conceda al partido una subvención de forma camuflada, por ejemplo, a través de una de sus fundaciones, con el objetivo de que efectivamente revierta finalmente en el partido; d) recibir mayor asignación de espacios en lugares públicos y medios de comunicación pública con ocasión de los comicios electorales; e) acceder a una línea de financiación por parte del Instituto de Crédito Oficial (reservada a empresas).

e) Solicitar, aceptar, o recibir, directa o indirectamente, cualquier tipo de financiación de los grupos parlamentarios de las Cámaras de las Cortes Generales, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, de las Juntas Generales de los Territorios Históricos Vascos y de los Grupos de Representantes en los Órganos de las Administraciones Locales

Actualmente, la LOFPP (art. 2º.1) permite el trasvase de fondos de estos grupos (que reciben la consideración de entes sin personalidad jurídica)⁷⁴ a los partidos, y no impide que asuman los gastos de estos⁷⁵. A nuestro juicio, las conductas arriba descritas atentarían o pondrían en riesgo la igualdad de oportunidades entre partidos (en los términos ya expuestos) porque aquellas organizaciones políticas que se beneficiaran o pudieran beneficiarse con tales fondos, obtendrían, o podrían obtener, mayores recursos para su financiación que aquellos que no decidieran recurrir a esta vía porque consideraran que con ello se estaría alejando, a los grupos parlamentarios, de los fines para los que fueron creados, al convertirse en meras herramientas de financiación de los

74 STC 32/1985, 2º, de 6 de marzo y SSTs, 3º, de 27 de noviembre de 1985 y 1123/2014, de 5 de marzo.

75 Véase, sobre esta problemática, LEÓN ALAPONT, José, “¿Responsabilidad criminal de los grupos parlamentarios?”. En: *Revista General de Derecho Penal*, n.º 28, 2017, p. 20.

respectivos partidos (y esto último, a nuestro entender, no debiera tolerarse)⁷⁶.

- f) Superar en más de un uno por ciento los límites de gastos electorales previstos en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General o, en su caso, en las respectivas leyes electorales autonómicas.*

Esta conducta que en la actualidad es constitutiva de infracción administrativa⁷⁷, consideramos debiera ser delictiva, puesto que atenta contra la igualdad de oportunidades entre partidos políticos en materia de financiación. En esta ocasión, se trata de una igualdad impuesta por la legislación electoral que establece para todas las formaciones políticas límites a sus gastos electorales. De forma que, aquellos partidos que infringieran dichas restricciones no estarían concurriendo en condiciones de igualdad a los comicios. Tratándose, efectivamente, de un tipo de lesión.

A este respecto, cabe señalar que la lesión del bien jurídico protegido en el delito de financiación ilegal de los partidos no solo puede producirse cuando lo que se obtiene son recursos en forma de ingresos o ahorro de costes, sino también, como en el presente caso, cuando los propios recursos disponibles por el partido se utilizan superando los límites establecidos por la ley. De ahí la importancia de referirnos, a este delito, como de financiación ilegal de los partidos políticos y no solo de partidos políticos (pues esto último abarca únicamente la financiación externa que pueden recibir).

76 A nuestro juicio, la desviación de recursos económicos de los grupos parlamentarios a los partidos atenta contra las funciones que, según el Tribunal Constitucional, desempeñan los grupos parlamentarios: por un lado, las relativas a la organización y funcionamiento de la Cámara y, por otro, las estrictamente parlamentarias. Así, STC, 2º, 64/2002, de 11 de marzo; STC, 1º, 141/2007, de 18 de junio; STC, 2º, 10/2013, de 28 de enero; STC, Pleno, 107/2016, de 7 de junio; STC, Pleno, 108/2016, de 7 de junio y STC, Pleno, 109/2016, de 7 de junio.

77 Así lo establece el art. 17º LOFPP, y lo mismo sucede con las respectivas leyes electorales autonómicas.

g) Distraer fondos del partido destinados a gastos ordinarios para fines electorales, o viceversa.

Entendiéndose por gastos ordinarios todos aquellos en los que pueda incurrir una formación política a excepción de los electorales.

Téngase en cuenta, en este sentido, que el propio art. 125°.1 de la LOREG establece la obligación de que todos los fondos destinados a sufragar los gastos electorales, cualquiera que sea su procedencia, deben ingresarse en cuentas abiertas a tales efectos y todos los gastos deben pagarse con cargo a las mismas. En cambio, los partidos que no respetasen tal regla se situarían (en términos económicos) en una posición ventajosa respecto de aquellos que sí cumpliesen con la misma. Así, estaríamos ante una forma de "autofinanciación" ilegal y, naturalmente, ante un tipo de lesión.

Ejemplo: con parte de los fondos electorales se abonan los salarios de los trabajadores del partido.

Por otro lado, deberá tenerse en cuenta que en determinadas situaciones podrían plantearse concursos de delitos. Así sucedería, por ejemplo, de abonarse (con parte de las subvenciones obtenidas para gastos de funcionamiento) un acto de campaña. Conducta que no solo sería constitutiva de financiación ilegal, sino también de malversación de subvenciones, pues se lesionarían dos bienes jurídicos distintos.

h) Traspasar fondos del partido destinados a gastos ordinarios a cuentas para fines electorales, o viceversa.

El motivo por el cual consideramos debiera incriminarse dicha conducta coincide con la explicación dada en el apartado anterior. Si bien la diferencia aquí estriba en que no constituiría un tipo de lesión, sino de peligro concreto.

Ejemplo: para no incurrir en delito, al distraer fondos destinados a gastos electorales para pagar una reforma de la sede del partido, este se limita a realizar un traspaso entre cuentas. De forma que, aparentemente, la reforma de la sede fuera sufragada con fondos para gastos ordinarios.

- Repercusiones de la propuesta de modificación del vigente art. 304° *bis* del CP en la normativa administrativa-sancionadora.

En nuestra opinión, solo las conductas anteriormente enumeradas debieran ser las que integrasen el delito de financiación ilegal de los partidos políticos y pudieran atribuirse a estos, dado que, como ya se dijo, solo los tipos aquí descritos otorgarían una adecuada protección al bien jurídico tutelado en este delito. Así las cosas, entendemos que no merecerían la consideración de delictivos una serie de supuestos, como los que a continuación pasamos a mencionar, por tratarse de conductas que no entrañarían desvalor alguno:

- i) Una empresa española dona 1 millón de euros a un partido porque lleva en su programa electoral una bajada considerable del impuesto de sociedades⁷⁸.
- ii) Una empresa brasileña dona 2 millones de dólares a un partido que apoya un plan de beneficios fiscales para las inversiones extranjeras.
- iii) El Gobierno de Arabia Saudí financia con 20 millones de dólares a un partido que defiende para España su mismo modelo de Estado.
- iv) Un director de cine dona 100.000 euros a un partido que ha impulsado la aprobación de un mecanismo de financiación para la producción de películas en catalán.
- v) Una entidad de crédito condona toda la deuda de un partido que se opone a la creación de un nuevo impuesto específico para los bancos⁷⁹.

78 Así, por ejemplo, la *Supreme Court of the United States* permite a las empresas hacer aportaciones ilimitadamente a los partidos bajo el principal argumento de que lo contrario supondría una violación del derecho a la libertad de expresión. Véase, sobre este particular, RODRÍGUEZ-AGUILERA DE PRAT, Cesáreo, *Manual de partidos políticos*, Huygens, Barcelona, 2017, p. 70.

79 Especial reticencia ha generado esta cuestión en la doctrina, mostrándose a favor de su incriminación. Véase, por todos, JAVATO MARTÍN, "Artículo 304 bis", *op. cit.*, p. 720.

- vi) Un empresario (persona física) con contrato vigente con la Administración Pública asume los gastos de la campaña electoral de un partido (valorados en 3 millones de euros) porque resulta que su hermano va incluido en las listas electorales.

Sin ánimo de ser exhaustivos, hemos pretendido transmitir la idea que incriminar tales tipos de financiación con arreglo a meras presunciones sobre el origen corrupto o finalidad ilícita de cualquier clase de financiación hecha a una organización política sería tanto como configurar no ya un delito de peligro abstracto, sino de sospecha. Por el contrario, si lo que se tienen son indicios racionales que ello es así, será entonces cuando deban depurarse las respectivas responsabilidades penales. Ahora bien, así como hemos defendido que no deberían ser delictivas aquellas conductas a las cuales nos acabamos de referir, consideramos que sería ineludible la imposición (a los partidos políticos) de obligaciones en materia de transparencia respecto de esta clase de contribuciones (en términos de publicidad)⁸⁰, pues ello permitiría el control de la ciudadanía sobre estas⁸¹. Lo cual, naturalmente, debería ir acompañado de las respectivas sanciones por el incumplimiento de tales obligaciones. Como gráficamente describe DOPICO GÓMEZ-ALLER, “la financiación privada de los partidos es absolutamente opaca para todos los habitantes del planeta, salvo para las escasas personas que trabajan en la Unidad de fiscalización de Partidos Políticos del Tribunal de Cuentas”⁸².

A pesar de lo aquí sostenido, en relación a este tipo de conductas, el legislador podría decidir sancionarlas administrativamente o no (cuestión

80 PUENTE ABA, *El delito de financiación ilegal de partidos políticos*, *op. cit.*, p. 141; y, OLAIZOLA NOGALES, Inés, “El delito de financiación ilegal de partidos políticos en la reforma del CP”. En: *Diario La Ley*, n.º 8516, 2015.

81 NAVARRO CARDOSO alude al “control social” que permite la transparencia como una de las principales ventajas de ésta. Contrástese con NAVARRO CARDOSO, Fernando, “Corrupción, transparencia y Derecho penal. Especial referencia al derecho de acceso a la información pública”. En: *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 114, 2014, p. 108.

82 DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Aproximación a las necesidades de reforma legal en relación con la respuesta penal a la corrupción política”, *op. cit.*, p. 274.

esta que no va a ser objeto de valoración por nuestra parte en este trabajo). Empero, de hacerlo, esto es, de sancionar por vía administrativa aquellas conductas que estimase conveniente, tal determinación respondería a otros fines seguramente igual de legítimos que el que justifica en este ámbito la intervención penal, pero, a su vez, totalmente distintos a este. Así, por ejemplo, podría estimarse que la prohibición de efectuar o recibir cualquier tipo de financiación de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica (superados ciertos límites) respondería al deseo del legislador de restringir la financiación de carácter privado de los partidos para que hubiera cierto equilibrio con la de origen público; o prohibirse cualquier tipo de financiación de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica extranjeros porque el legislador ha considerado que los partidos solo pueden recibir financiación nacional.

No obstante, esto último, es decir, el conservar la vía administrativa para sancionar determinados hechos implicaría, en primer lugar, una importante reforma del Tribunal de Cuentas (cuando se trate de infracciones de la LOFPP) que dotara a este de una mínima potestad investigadora que en la actualidad no tiene⁸³; de forma que su cometido no quedara limitado a un “control meramente formal” de la legalidad y la regularidad contable de las actuaciones de los partidos⁸⁴; y, por otro lado, que se precisara cómo proceder a la ejecución de las sanciones acordadas⁸⁵. Y, en segundo lugar, que la capacidad sancionadora de las diversas

83 RODRÍGUEZ PUERTA, María José, “El control externo de la actividad económico financiera de los partidos políticos en España: cuestiones a debatir”. En: *Revista General de Derecho Penal*, n.º 28, 2017, p. 58.

84 GARCÍA-PANDO MOSQUERA, José Joaquín, “Las cuentas de la democracia”. En: NIETO MARTÍN, Adán y MAROTO CALATAYUD, Manuel (Dir.), *Public compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2014, p. 151.

85 Lo cual no está previsto en la actual regulación, como señala DELGADO DEL RINCÓN, Luis Esteban, “Hacia un modelo idóneo de control externo de la actividad económico-financiera de los partidos políticos por el Tribunal de Cuentas”. En: MATIA PORTILLA, Francisco Javier (Dir.), *Problemas actuales sobre el control de los partidos políticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 447.

Juntas Electorales (en el ámbito de la LOREG) se extendiera también sobre los partidos políticos, lo cual no sucede en la actualidad (ex art. 153° de la LOREG).

2. Penalidad

La única pena que se prevé con carácter obligatorio para el partido en el actual art. 304° *bis* del CP es la de multa⁸⁶. Siendo esta del triplo al quíntuplo del valor de la donación recibida cuando se trate de: donaciones anónimas, finalistas o revocables; donaciones procedentes de una misma persona física superiores a 50.000 euros anuales; donaciones procedentes de personas jurídicas y de entes sin personalidad jurídica; y, donaciones en especie de bienes inmuebles (superiores a 50.000 euros) en las que no se especifique, además de la identificación del donante, el documento en que conste la entrega del bien y no se haga mención al carácter irrevocable de la misma (art. 304° *bis* 1 del CP). Del triplo al quíntuplo de su valor cuando se trate de donaciones anónimas, finalistas o revocables y de personas jurídicas o entes sin personalidad jurídica superiores a 500.000 euros (art. 304° *bis* 2 del CP). Y del triplo al quíntu-

86 Por otro lado, los jueces y tribunales pueden imponer al partido (se trata de una facultad) el resto de penas previstas en el art. 33° 7 CP atendiendo las reglas establecidas en el art. 66° bis CP. Nos estamos refiriendo a la disolución del partido; suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años; d) clausura de locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años; e) prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años; f) inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios en incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años; y, g) intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años. Sobre la crítica a este sistema potestativo de sanciones, *Vid.*, LEÓN ALAPONT, José, "Partidos políticos y responsabilidad penal de las personas jurídicas: consideraciones en torno a su régimen jurídico y los *compliances programs*". En: MATALLÍN EVANGELIO, Ángela (Dir.), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 175 y ss.

plo del exceso de aquellas donaciones de Gobiernos y organismos, entidades o empresas públicas extranjeras o de empresas relacionadas directa o indirectamente con los mismos que superen los 100.000 euros; y de aquellas donaciones de personas físicas que superen en más de 500.000 euros el límite de los 50.000 euros anuales (art. 304° *bis* 2 del CP).

Como puede observarse, el importe de la multa a imponer sobre el partido es el mismo con independencia del tipo de donación de que se trate cuando, precisamente, las conductas recogidas en el art. 304° *bis* 2 del CP son consideradas más graves y por eso llevan aparejada pena de prisión para las personas físicas (lo cual no sucede en el art. 304° *bis* 1 del CP). Pero, en cambio, este plus de desvalor no se refleja en una multa de mayor cuantía para el partido en estos supuestos, lo cual resulta incomprensible. Esta situación consideramos debiera ser corregida en una futura reforma del art. 304° *bis* del CP. De forma que, la propuesta de *lege ferenda* que aquí se ha planteado respecto del tipo penal tendría que ir acompañada de la correspondiente graduación de la pena de multa (que pasamos a formular acto seguido) para así respetar el principio de proporcionalidad:

- i) En el supuesto de solicitar o aceptar, directa o indirectamente, cualquier tipo de financiación de carácter anónimo, la pena de multa sería de dos a seis meses.
- ii) En los supuestos de solicitud o aceptación, directa o indirecta, de cualquier tipo de financiación de carácter finalista o revocable, de origen ilícito, pública o de los grupos parlamentarios y de representantes (en los términos ya expuestos), la pena de multa sería de seis meses a un año.
- iii) En el supuesto de recepción, directa o indirecta, de financiación de carácter anónimo, la pena de multa sería del tanto al triplo del valor de esta.

En este caso, consideramos que para la persona física responsable de los hechos debería establecerse, junto con la pena de multa anteriormente descrita, una pena de prisión de 6 meses a 2 años.

- iv) En los supuestos de recepción, directa o indirecta, de cualquier tipo de financiación de carácter finalista o revocable, de origen ilícito, pública o de los grupos parlamentarios y de representantes (en los términos ya expuestos), la pena de multa sería del triplo al quíntuplo del valor de esta.

En este caso, consideramos que para la persona física responsable de los hechos debería establecerse, junto con la pena de multa anteriormente descrita, una pena de prisión de uno a cuatro años.

- v) En caso de superar en más de un uno por ciento los límites de gastos electorales, la pena de multa sería la siguiente:
- del tanto al duplo del exceso si se han superado los límites de gastos electorales en más de un uno y hasta un tres por ciento.
 - del duplo al triplo del exceso si se han superado los límites de gastos electorales en más de un tres y en menos de un diez por ciento.
 - del triplo al quíntuplo del exceso si se han superado los límites de gastos electorales en un diez por ciento o más.
- vi) En el supuesto de distraer fondos del partido destinados a gastos ordinarios para fines electorales, o viceversa, la pena de multa sería del triplo al quíntuplo del valor de estos.
- vii) en el supuesto de traspasar fondos del partido destinados a gastos ordinarios a cuentas para fines electorales, o viceversa, la pena de multa sería del tanto al triplo del valor de estos.

V. OTRAS CONSIDERACIONES

A. Relaciones concursales con otros delitos

Cabe advertir que la realización de aquellas conductas que hemos descrito en el apartado anterior no solo podrían ser constitutivas de un delito de financiación ilegal, sino que aquellas podrían, además, erigirse en el objeto material de otros delitos igualmente imputables a una organización política, como, por ejemplo, los de blanqueo de capitales, cohecho, malversación de caudales públicos, estafa, fraude de subvenciones

o fraude fiscal. Sin que ello diera lugar a supuestos de *bis in idem*, pues el fundamento de las diversas sanciones no sería el mismo, al atentar contra bienes jurídicos distintos. Así sucedería, en relación con el delito del art. 301°.1 del CP, cuando se tenga conocimiento del origen ilícito de la financiación (por ejemplo, que se trate de dinero proveniente del narcotráfico) y se posea, utilice, convierta o transmita **para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos**; cuando la dádiva entregada al funcionario o autoridad, o parte de ella, vaya a parar al partido (en el caso del cohecho)⁸⁷; si los fondos presupuestados para la construcción de un polideportivo en un municipio se desviarán a una de las cuentas del partido (malversación); en el supuesto que un alto cargo de la dirección del partido se dirigiese a un funcionario para conseguir una resolución que generase un beneficio a la formación política como pudiera ser la concesión ilegal de una subvención al partido (tráfico de influencias); en el supuesto de que se prometiera a una persona su inclusión en una lista electoral a cambio de realizar una generosa donación al partido, cuando desde un principio tal posibilidad nunca se hubiere contemplado (lo que sería incardinable en el delito de estafa); al percibir de forma fraudulenta una subvención para gastos electorales porque se hubieren falseado las condiciones requeridas para su concesión (art. 308°.1 del CP); o, de no tributar en el Impuesto de Sociedades por aquellas rentas no exentas, como son las donaciones ilegales, de darse las circunstancias exigidas en el art. 305°.1 del CP.

87 La responsabilidad penal del partido político en aquellos delitos especiales (como el cohecho) que sólo pueden ser cometidos por autoridad o funcionario público derivará únicamente de la participación de alguna de las personas descritas en el art. 31° bis 1 CP en dichos hechos a título de inductor, cooperador necesario o cómplice. Esto es, no podrá atribuírsele al partido el delito de cohecho cometido por un alcalde que sea, a su vez, el representante legal (por ejemplo) de dicha formación política, pues, en tales circunstancias no puede afirmarse que éste actúe en nombre o por cuenta del partido. La situación sería distinta si, en cambio, es el presidente del partido (por ejemplo) quien da la orden al alcalde para que se deje "sobornar".

B. La estructura organizativo-territorial de los partidos y su incidencia en la atribución del delito de financiación ilegal.

De especial interés resulta, por su incidencia en la atribución del delito de financiación ilegal, la estructura territorial de los partidos. La mayoría de autores han coincidido en afirmar que el art. 31° *bis* del Código Penal refiere a un concepto de persona jurídica estrictamente formal⁸⁸. Ello se traduce, en el caso de los partidos políticos, en que solo aquellas formaciones políticas inscritas en el Registro de Partidos ostentarán tal condición y estarán dotadas de personalidad jurídica (art. 3°.4 de la LOPP). Ahora bien, la mayoría de partidos políticos han desarrollado una estructura territorial que hace que estos cuenten, al menos, con una mínima capacidad organizativa y autonomía funcional, por ejemplo, a nivel autonómico, provincial, comarcal, local, etc. Sin embargo, no será a estas “subunidades” a las que se condene cuando la financiación ilegal se haya llevado a cabo en su ámbito, sino al partido que como tal esté registrado⁸⁹.

VI. A MODO DE DIGRESIÓN: LA CALIFICACIÓN DE UN PARTIDO POLÍTICO QUE SE FINANCIA ILEGALMENTE COMO ASOCIACIÓN ILÍCITA U ORGANIZACIÓN CRIMINAL

El art. 515° del CP establece en su apartado primero que se reputarán asociaciones ilícitas: “Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión”.

Así, pues, el primer extremo que debe ser resuelto, antes de dilucidar si un partido político puede llegar a ser considerado una asociación ilícita

88 Véase, por todos, FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, “Regulación vigente: exigencias legales que permiten la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica y estructura de imputación (CP art. 31° bis 1, 2 inciso 1° y 5°)”. En: JUANES PECES, Ángel (Dir.), *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p. 70.

89 En contra de esta solución, LEÓN ALAPONT, José, “¿A qué partido político imputar y eventualmente condenar?”. En: *Revista Penal*, n.º 40, 2017, pp. 160 y ss.

es examinar si estos gozan de naturaleza jurídica asociativa o no. En este sentido, cabe recordar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha definido a este tipo de formaciones como asociaciones de base privada, aunque con una relevancia constitucional (de la que carecen otras asociaciones) dada por el ejercicio de las concretas funciones que les asigna el art. 6º del CE⁹⁰. Por lo que el primer obstáculo para poder calificar al partido de ilícito, esto es, que sea una asociación, queda salvado. Además, un argumento que refuerza esta tesis lo encontramos en la propia Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos (en adelante, LOPP). Concretamente, el art. 10º.2. a) hace referencia a que “la disolución judicial de un partido político será acordada por el órgano jurisdiccional competente cuando incurra en supuestos tipificados como asociación ilícita en el Código Penal”. Lo cual vendría a reconocer y reforzar la idea de que un partido sí puede ser considerado asociación ilícita⁹¹.

El Tribunal Supremo, por su parte, ha considerado que estamos ante una asociación ilícita cuando: a) hay pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad; b) existe una organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista; c) se observa consistencia o permanencia en ella, en el sentido de que

90 STC, 1º, 3/1981, de 2 de febrero; STC, Pleno, 10/1983, de 21 de febrero; STC, 1º, 18/1984, de 7 de febrero; STC, 1º, 75/1985, de 21 de junio; STC, 1º, 85/1986, de 25 de junio; STC, 2º, 56/1995, de 17 de julio; STC, Pleno, 48/2003, de 12 de marzo; STC, 2º, 5/2004, de 16 de enero; STC, 2º, 31/2009, de 29 de enero y STC, Pleno, 226/2016, de 22 de diciembre.

91 Como así sostienen, GARCÍA RIVAS, Nicolás, “Organización criminal para la financiación ilegal de un partido político: el caso de los papeles de Bárcenas”. En: *Revista Penal*, n.º 40, 2017, p. 113; FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 618 y ss.; HERREROS LÓPEZ, Juan Manuel, “Ilegalización y disolución de partidos políticos”. En: MONTILLA MARTOS, José Antonio, *La prohibición de partidos políticos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, Almería, 2004, pp. 139-140; y, MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “La disolución de los partidos políticos conforme al Código Penal”. En: *Actualidad Penal*, n.º 39, 2002, pp. 1031 y ss.

el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio; y, d) el fin de la asociación ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar⁹².

Respecto de los elementos objetivos del tipo exigidos en el art. 515.1 del CP, que conducirían a un partido político a ser tachado de asociación ilícita, pueden hacerse las siguientes precisiones: 1) la expresión “tener por objeto” no implica que el partido político no se dedique a otras cuestiones más que a las puramente delictivas, esto es, tenga que ser el único fin, de forma exclusiva, que persiga una formación de estas características. La locución “tener por objeto” incluye también (junto con los propósitos legítimos de la asociación) perseguir fines accesorios ilícitos (esto es, que haya tanto una parte de actividad legal como otra ilegal), o que para la consecución de fines lícitos se recurra a medios ilícitos⁹³; 2) no se precisa la ejecución del programa criminal que la asociación pueda desarrollar⁹⁴, pero sí que este exista; y, 3) en cuanto a si basta con tener por objeto cometer un solo delito para tildar a la asociación de ilícita, la doctrina mayoritaria se ha pronunciado en contra de esta posibilidad, exigiéndose la planificación o concurrencia de una pluralidad de hechos delictivos⁹⁵. En este sentido, no resultará difícil que un partido político cumpla, al menos, las tres primeras condiciones que la jurisprudencia ha

92 Entre las más recientes, SSTTS, 2º, 109/2012, de 14 de febrero; 544/2012, de 2 de julio; 977/2012, de 30 de octubre; 69/2013, de 31 de enero; 143/2013, de 28 de febrero; 1057/2013, de 12 de diciembre; 1038/2013, de 23 de diciembre; 317/2014, de 9 de abril y 413/2015, de 30 de junio.

93 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Bosch, Barcelona, 1978, p. 246.

94 Contrástese con BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, “Asociaciones y organizaciones criminales. Las disfunciones del art. 515.1º CP y la nueva reforma penal”. En: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (Dir.), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 731 y ss.

95 Véase, por todos, TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “Art. 173º”. En: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo y RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (Coords.), *Código Penal comentado*, Akal, Madrid, 1990, p. 404.

reclamado para considerarlo “asociación ilícita” desde una perspectiva penal. Esto es así como consecuencia de las propias exigencias contempladas en la LOPP para que estas formaciones puedan adquirir el estatus de partido político⁹⁶. Sin embargo, la presencia de la finalidad delictiva se deberá a circunstancias bien distintas.

Por otro lado, el art. 570° *bis* 1 *in fine* del CP reza así: “a los efectos de este Código se entiende por organización criminal 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”.

Como ha destacado la doctrina, la definición que nuestro Código Penal hace respecto de la organización criminal es muy similar (sino idéntica) a la construcción jurisprudencial del concepto de asociación ilícita del art. 515°.1 del CP. Esto es, en realidad, ambas figuras delictivas “pueden comprender los mismos supuestos de criminalidad organizada”⁹⁷.

Por ello, creemos conveniente traer a colación la distinción establecida por la Fiscalía General del Estado en su Circular 2/2011, de 2 de junio, sobre la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales:

“El art. 515 contempla, pues, auténticos supuestos de asociaciones, esto es, de agrupaciones de personas, de carácter estable, con relaciones de jerarquía entre sus miembros y división de funciones y tareas, y entre las que existen un vínculo asociativo por encima de la voluntad individual de cada uno de sus miembros y **cuyos fines no se identifican necesariamente con la realización de hechos delictivos, sino que pueden tener otras finalidades distintas**, si bien en atención a las mismas o a los

96 Véase art. 3°.2 LOPP.

97 Véase, por todos, GONZÁLEZ RUS, Juan José, “La criminalidad organizada en el Código Penal Español. Propuestas de reforma”. En: *Anales de Derecho*, n.º 30, 2012, p. 28.

modos utilizados para su obtención, el legislador considera que dichas conductas la hacen merecedora de reproche penal.

Sin embargo, en relación a las organizaciones y agrupaciones criminales, la propia Exposición de Motivos de la LO 5/2010 afirma que las organizaciones y grupos criminales en general no son realmente «asociaciones» que delinquen, sino **agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva**, carentes en muchos casos de forma o apariencia jurídica alguna, o dotadas de tal apariencia con el exclusivo propósito de ocultar su actividad y buscar su impunidad⁹⁸.

Con todo, cabe advertir que, si bien no existe impedimento alguno para calificar de asociación ilícita u organización criminal (en los términos aquí expuestos) a un partido político que se financie ilegalmente, ambas figuras entran en colisión con el propio régimen de responsabilidad penal de los arts. 31° *bis* y ss. del CP. Produciéndose así una disfuncionalidad normativa difícil de solventar⁹⁹. Queremos con ello decir que, no pueden seguir siendo válidas, tras la reforma del Código Penal de 2010, todas las interpretaciones llevadas a cabo (por doctrina y jurisprudencia) respecto de los arts. 515° del CP y 570° del CP, en las que no se concebía (o ahora se obvia) el “nuevo” fenómeno delictivo que supone la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Así, consideramos que, como la esencia del delito de asociación ilícita radica en la existencia de un acuerdo criminal (duradero) compatible con la realización de actividades lícitas (esto es lo que se castiga en él), no tiene sentido que tal convergencia de voluntades pueda fundamentar la imposición de consecuencia jurídica alguna sobre la asociación. Esto último deberá producirse con base en el art. 31° *bis* del CP, el cual no

98 Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2011, de 2 de junio, sobre la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, p. 27.

99 Véase ampliamente, sobre esta cuestión, LEÓN ALAPONT, José, “La responsabilidad penal de los partidos políticos en España: ¿disfuncionalidad normativa?”. En: *Revista General de Derecho Penal*, n.º 27, 2017, pp. 22-35.

valora a la hora de sancionar a la asociación (al partido) si los delitos cometidos en su beneficio han sido resultado de una acción individual o fruto de un pacto de más de dos personas, y en este supuesto si tal acuerdo criminal era espontáneo o con vistas a permanecer en el tiempo: ello solo debería condicionar la responsabilidad de las personas físicas que se encontraren en tales circunstancias.

Por otro lado, para tildar de criminal a una organización (y poder disolverla) entendemos que no debiera seguirse la interpretación aportada por la Fiscalía en su Circular 2/2011, la cual las calificaba de agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva, sino que por tal debieran entenderse aquellas “sin ninguna otra clase de **actividad** legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios fines delictivos”¹⁰⁰. De forma que, para poder aplicar el art. 570° *bis* del CP a un partido político, tendría que acreditarse que prácticamente la totalidad (o la totalidad) de la actividad de este sea ilícita.

Ahora bien, lo anterior implicaría eliminar la pena de disolución (prevista en el art. 66° *bis* del CP) para aquellos casos en que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Y derogarse, también, la disposición contenida en ese mismo precepto que establece que cuando se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5° del apartado 1 del art. 66° se disolverá la persona jurídica. Este precepto alude a que la persona jurídica “debe haber sido condenada ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza”. De lo contrario, nunca llegaría a aplicarse el tipo de organización criminal.

100 Esta es la definición que hace la Fiscalía, en otra de sus Circulares, respecto de la clase de personas jurídicas a las que no resulta de aplicación el régimen de los arts. 31° bis y ss. CP. A nuestro juicio, ello es plenamente extrapolable al caso de las organizaciones criminales. Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, p. 29.

VII. CONCLUSIONES

En primer lugar, la extensión del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas a los partidos políticos ha supuesto, en nuestro ordenamiento jurídico, una importante innovación legislativa debido al elevado grado de autoproteccionismo que tradicionalmente venía caracterizando a este tipo de formaciones¹⁰¹. A este hito se sumó en 2015 la creación *ex novo* del delito de financiación ilegal de los partidos políticos. De esta forma, se atendía una necesidad político-criminal de primer orden, ya que, hasta entonces, los partidos solo podían responder en calidad de responsables civiles subsidiarios o partícipes a título lucrativo, y por delitos que, tan solo de forma tangencial, abordaban la financiación ilegal de estos.

En segundo lugar, sin embargo, la configuración que se dio al delito de financiación ilegal en el art. 304° *bis* del CP pronto truncaría las expectativas generadas en torno a este. En este sentido, la regulación actual no confiere una adecuada protección al bien jurídico tutelado en esta figura delictiva, a saber, la igualdad de oportunidades (o competencia leal) entre formaciones políticas en materia de financiación. O, dicho de otro modo, la reforma del delito de financiación ilegal de los partidos políticos debería ser atendida cuanto antes si lo que de verdad se quiere castigar en él es, valga la redundancia, la financiación ilegal.

En tercer lugar, como hemos propuesto en el presente trabajo, la modificación del art. 304° *bis* del CP debería ir en la siguiente dirección: a) ampliar el concepto de financiación de forma que abarcare cualquier tipo de recursos de índole económico-patrimonial o susceptibles de ser sometidos a tal valoración, y no solo donaciones; b) que entre los benefactores se incluyese a personas físicas, personas jurídicas y entes sin personalidad jurídica (sin distinguir entre nacionales o extranjeras); c) considerar financiación ilegal tanto aquella realizada de forma directa como indirecta (esto es, la canalizada a través de un tercero interpuesto);

101 No obstante, la posibilidad de disolver a un partido político por considerarlo asociación ilícita u organización criminal constituía, en el ámbito penal, la única excepción.

d) tipificar expresamente, junto con la recepción, la solicitud y aceptación de este tipo de recursos; e) castigar la financiación de carácter anónimo, de carácter finalista o revocable, de origen ilícito, pública (obtenida de forma ilegal o fraudulenta), de los grupos parlamentarios, la superación en más de un uno por ciento los límites de gastos electorales previstos en las respectivas leyes electorales, distraer fondos del partido destinados a gastos ordinarios para fines electorales (o viceversa), y traspasar fondos del partido destinados a gastos ordinarios a cuentas para fines electorales (o viceversa); y, f) establecer una graduación de la pena de multa proporcional al desvalor de cada una de las conductas incriminadas.

En cuarto lugar, convendrá tener presente dos aspectos de suma trascendencia: 1) que determinadas conductas no solo serán constitutivas de un delito de financiación ilegal, sino que estas podrán infringir, a su vez, otras disposiciones como las contenidas en los delitos de blanqueo de capitales, cohecho, estafa, fraude de subvenciones o fraude fiscal; y, 2) que el delito de financiación ilegal solo se podrá atribuir a la formación política que conste registrada como partido, con independencia del nivel territorial en el que se haya perpetrado.

En quinto lugar, en cuanto a la posibilidad de calificar a un partido político que se financiase ilegalmente como asociación ilícita u organización criminal, se manifestó que, si bien ello era factible, ambas figuras entraban en colisión con el propio sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. En este sentido, y respecto del delito de asociación ilícita, se apuntó que lo conveniente para evitar la inoperatividad del régimen de los arts. 31° *bis* y ss. del CP era renunciar a la imposición -que prevé el art. 520° del CP- de consecuencia jurídica alguna sobre la asociación (en nuestro caso el partido político) que originariamente o en un momento posterior deviene de ilícita. Y, en lo referente a la consideración de organización criminal, el partido solo recibiría tal calificación de estimarse que toda o prácticamente toda la actividad desarrollada por este es delictiva.

Finalmente, algún autor ha señalado que la intervención penal en materia de financiación de los partidos parece ir destinada a reducir el

ámbito de la responsabilidad política¹⁰². Aunque consideramos que ello podría predicarse también (en general) de la propia sujeción de los partidos al sistema de los arts. 31° *bis* y ss. del CP. Por ello, para que este efecto indeseable no se produzca no debería renunciarse, bajo ningún concepto, a exigirse aquella con independencia que, efectivamente, se declarase la responsabilidad penal del partido (incluida la de algunos de sus miembros), pues uno y otro tipo de responsabilidades obedecen a fines distintos¹⁰³ y no son excluyentes¹⁰⁴.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

BASSO, Gonzalo Javier, “Delitos de financiación ilegal de los partidos políticos”. En: MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (Coord.), *Penal 2017*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, “Asociaciones y organizaciones criminales. Las disfunciones del art. 515.1º CP y la nueva reforma penal”. En: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (Dir.), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

BUSTOS RUBIO, Miguel, “El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos”. En: *Revista Penal*, n.º 37, 2016.

102 MAROTO CALATAYUD, “Financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 758.

103 Así, mientras que la sanción penal tiene una finalidad retributivo-preventiva, la reprobación política se orienta “al mantenimiento de la confianza en el sistema democrático”. GARCÍA ARÁN, Mercedes, “Responsabilidad penal y responsabilidad política: elementos para la diferenciación y la confluencia”. En: *Revista Penal*, n.º 39, 2017, pp. 98 y ss.

104 Véase, sobre este particular, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “La responsabilidad política ni implica ni presupone ni excluye la responsabilidad penal”. En: MAQUEDA ABREU, María Luisa; MARTÍN LORENZO, María y VENTURA PUSCHEL, Arturo (Coords.), *Derecho penal para un Estado social y democrático de Derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Übieto*, Servicio de publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2016, pp. 965 y ss.

- CASAL-BÉRTOA, Fernando, "The world upside down: delegitimising political finance regulation". En: *International Political Science Review*, n.º 35-3, 2014.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y GALLEGRO SOLER, José Ignacio, "Artículo 304 bis". En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y MIR PUIG, Santiago (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- CUGAT MAURI, Miriam, "Financiación ilegal de partidos políticos". En: BOIX REIG, Javier (Dir.), *Diccionario de Derecho penal económico*, Iustel, Madrid, 2017.
- DE MIGUEL BERIAIN, Iñaki, "Delitos de financiación ilegal de los partidos políticos". En: ROMEO CASABONA, Carlos María; SOLA RECHE, Esteban y BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (Coord.), *Derecho penal. Parte general*, Comares, Granada, 2016.
- DELGADO DEL RINCÓN, Luis Esteban, "Hacia un modelo idóneo de control externo de la actividad económico-financiera de los partidos políticos por el Tribunal de Cuentas". En: MATIA PORTILLA, Francisco Javier (Dir.), *Problemas actuales sobre el control de los partidos políticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- DELLA PORTA, Donatella, "Political parties and corruption: ten hypotheses on five vicious circles". En: *Crime, Law & Social Change*, n.º 42, 2004.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, "La responsabilidad política ni implica ni presupone ni excluye la responsabilidad penal". En: MAQUEDA ABREU, María Luisa; MARTÍN LORENZO, María y VENTURA PÜSCHEL, Arturo (Coords.), *Derecho penal para un Estado social y democrático de Derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, Servicio de publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2016.

- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, "Aproximación a las necesidades de reforma legal en relación con la respuesta penal a la corrupción política". En: GIL NOBAJAS, Soledad, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial y sobre la corrupción en el ámbito público*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2015.
- FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, "Regulación vigente: exigencias legales que permiten la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica y estructura de imputación (CP art. 31° bis 1, 2 inciso 1° y 5°)". En: JUANES PECES, Ángel (Dir.), *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015.
- FROWEIN, Jochen y BANK, Roland, "Financing of political parties in comparative perspective". En: *Heidelberg Journal of International Law*, n.° 61, 2001.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes, "Responsabilidad penal y responsabilidad política: elementos para la diferenciación y la confluencia". En: *Revista Penal*, n.° 39, 2017.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes, "Sobre la tipicidad penal de la financiación irregular de los partidos políticos". En: MAQUEDA ABREU, María Luisa; MARTÍN LORENZO, María y VENTURA PÜSCHEL, Arturo (Coords.), *Derecho penal para un Estado social y democrático de Derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, Servicio de publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2016.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Bosch, Barcelona, 1978.
- GARCÍA-PANDO MOSQUERA, José Joaquín, "Las cuentas de la democracia". En: NIETO MARTÍN, Adán y MAROTO CALATAYUD, Manuel (Dir.), *Public compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2014.

- GARCÍA RIVAS, Nicolás, "Organización criminal para la financiación ilegal de un partido político: el caso de los papeles de Bárcenas". En: *Revista Penal*, n.º 40, 2017.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José, "Financiación ilegal de partidos políticos y corrupción". En: CASTRO MORENO, Abraham y OTERO GONZÁLEZ, Pilar (Dir.), *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, Dykinson, Madrid, 2016.
- GONZÁLEZ GUGEL, Jaime, "Financiación ilegal de partidos políticos". En: AYALA GÓMEZ, Ignacio y ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (Coords.), *Penal económico y de la empresa 2016-2017*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016.
- GONZÁLEZ HURTADO, Jorge, "El delito de financiación ilegal de partidos políticos". En: *El País*, 2015.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José, "La criminalidad organizada en el Código Penal Español. Propuestas de reforma". En: *Anales de Derecho*, n.º 30, 2012.
- HAVA GARCÍA, Esther, "Financiación ilegal de partidos políticos". En: TERRADILLOS BASOCO, Juan María (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Tomo III. Derecho penal parte especial*, vol. I, Iustel, Madrid, 2016.
- HERREROS LÓPEZ, Juan Manuel, "Ilegalización y disolución de partidos políticos". En: MONTILLA MARTOS, José Antonio, *La prohibición de partidos políticos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, Almería, 2004.
- JAVATO MARTÍN, Antonio María, "El delito de financiación ilegal de los partidos políticos (arts. 304 bis y 304 ter CP). Aspectos dogmáticos, político-criminales y de derecho comparado". En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 19-26, 2017.
- JAVATO MARTÍN, Antonio María, "Artículo 304 bis". En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, t. 3, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

- LEÓN ALAPONT, José, *La responsabilidad penal de los partidos políticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- LEÓN ALAPONT, José, “El delito de financiación ilegal de los partidos políticos desde la perspectiva de la responsabilidad penal de éstos como personas jurídicas”. En: *InDret*, n.º 4, 2018.
- LEÓN ALAPONT, José, “Partidos políticos y responsabilidad penal de las personas jurídicas: consideraciones en torno a su régimen jurídico y los *compliances programs*”. En: MATALLÍN EVANGELIO, Ángela (Dir.), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- LEÓN ALAPONT, José, “La responsabilidad civil del Partido Popular como partícipe a título lucrativo: a propósito de la SAN 20/2018, de 17 de mayo”. En: *Diario La Ley*, n.º 9229, 2018.
- LEÓN ALAPONT, José, “La primera imputación de un partido político en España *ex art. 31º bis del Código Penal*”. En: *Diario La Ley*, n.º 9107, 2017.
- LEÓN ALAPONT, José, “¿Responsabilidad criminal de los grupos parlamentarios?”. En: *Revista General de Derecho Penal*, n.º 28, 2017.
- LEÓN ALAPONT, José, “¿A qué *partido político* imputar y eventualmente condenar?”. En: *Revista Penal*, n.º 40, 2017.
- LEÓN ALAPONT, José, “La responsabilidad penal de los partidos políticos en España: ¿disfuncionalidad normativa?”. En: *Revista General de Derecho Penal*, n.º 27, 2017.
- MACÍAS ESPEJO, Belén, “Sobre la incriminación de la financiación ilegal de partidos políticos en el artículo 304 bis del Código Penal”. En: *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 119, 2016.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “La disolución de los partidos políticos conforme al Código Penal”. En: *Actualidad Penal*, n.º 39, 2002.
- MAROTO CALATAYUD, Manuel, *La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

- MAROTO CALATAYUD, Manuel, "Financiación ilegal de partidos políticos". En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- MARŠAVELSKI, Aleksandar, "Responsibility of Political Parties for Criminal Offences: Preliminary Observations, Challenges and Controversies". En: ALBRECHT, Hans; GETOŠ KALAC, Anna y KILCHLING, Michael, *Mapping the Criminological Landscape of the Balkan*, Duncker & Humblot, Berlin, 2014.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlo, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- MESTRE DELGADO, Esteban, "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico". En: LAMARCA PÉREZ, Carmen (Coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2017.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- MUÑOZ CUESTA, Javier, "Delitos de financiación ilegal de partidos políticos". En: *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 5, 2015.
- NAVARRO CARDOSO, Fernando, "Corrupción, transparencia y Derecho penal. Especial referencia al derecho de acceso a la información pública". En: *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 114, 2014.
- NIETO MARTÍN, Adán, "Corrupción y abuso de poder (I)". En: GÓMEZ RIVERO, María del Carmen (Dir.), *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2015.
- NIETO MARTÍN, Adán, "Financiación ilegal de partidos políticos (arts. 10º-13º)". En: ARROYO ZAPATERO, Luis y NIETO MARTÍN, Adán (Coords.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006.
- NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, "La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos". En: *Revista Penal*, n.º 39, 2017.

- OLAIZOLA NOGALES, Inés, “Medidas de regeneración democrática. La nueva regulación de la financiación de los partidos políticos en España”. En: *Estudios de Deusto*, n.º 63-1, 2015.
- OLAIZOLA NOGALES, Inés, “El delito de financiación ilegal de partidos políticos en la reforma del CP”. En: *Diario La Ley*, n.º 8516, 2015.
- ORTS BERENGUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- PORTERO MOLINA, José Antonio, “Crisis del Estado de Partidos e instrumentalización de las instituciones”. En: GARRIDO LÓPEZ, Carlos y SÁENZ ROYO, Eva (Coords.), *La reforma del estado de Partidos*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- PUENTE ABA, Luz María, *El delito de financiación ilegal de partidos políticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Art. 304º bis y art. 304º ter”. En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Comentarios al Código Penal Español. Tomo II (Art. 234º disposición final 7º)*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “La responsabilidad penal de los Partidos como personas jurídicas”. En: *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 859, 2013.
- RODRÍGUEZ-AGUILERA DE PRAT, Cesáreo, *Manual de partidos políticos*, Huygens, Barcelona, 2017.
- RODRÍGUEZ PUERTA, María José, “El control externo de la actividad económica financiera de los partidos políticos en España: cuestiones a debatir”. En: *Revista General de Derecho Penal*, n.º 28, 2017.
- RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo José, “La lucha contra la corrupción desde el Estado Constitucional de Derecho: la legislación sobre financiación de partidos políticos en España”. En: *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n.º 7, 2014.
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo, “Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”. En: MORILLAS CUEVAS, Lorenzo (Dir.), *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2016.

- SANDOVAL CORONADO, Juan Carlos, "Aportación a una reflexión político criminal sobre la corrupción en la financiación de los partidos políticos". En: *Revista General de Derecho Penal*, n.º 22, 2014.
- SANDOVAL CORONADO, Juan Carlos, "La financiación corrupta de los partidos políticos. A propósito del caso Pallerols". En: PUENTE ABA, Luz María (Dir.), *La intervención penal en supuestos de fraude y corrupción. Doctrina y análisis de casos*, Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2014.
- SANTANA VEGA, Dulce María, "El delito de financiación ilegal de partidos políticos". En: QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. y SANTANA VEGA, Dulce María (Dir.), *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- SERRANO TÁRRAGA, María Dolores, "Receptación de delitos, blanqueo de capitales y financiación ilegal de los partidos políticos". En: SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Curso de Derecho penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2017.
- SIERRA LÓPEZ, María del Valle, "El delito de financiación ilegal de partidos políticos: ¿mayor eficacia en la lucha contra la corrupción?". En: GÓMEZ RIVERO, María del Carmen y BARRERO ORTEGA, Abraham (Dir.), *Regeneración democrática y estrategias penales en la lucha contra la corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María, "Art. 173". En: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo y RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (Coords.), *Código Penal comentado*, Akal, Madrid, 1990.
- VERA SÁNCHEZ, Juan Sebastián, "Financiación ilegal de los partidos políticos (arts. 304 bis-304 ter)". En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Dir.), *Manual de Derecho penal, económico y de empresa. Parte general y Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

UNIDAD 8

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Competencias

- Analiza y reconoce los aspectos más importantes de los delitos contra la administración pública en contexto de pandemia.

PRIMERA LECTURA

Ramon Ribas, E. (2021). *Desobediencia administrativa y desobediencia penal*. Ramon Ribas, E. Desobediencia, estado de alarma y Covid-19. Valencia, España. Editorial Tirant lo Blach, pp. 21-45.

Considerar constitutiva de un delito de desobediencia grave una conducta como la efectivamente por la resolución judicial que se hace mención, comporta una absoluta, y prohibida, invasión del espacio propio del Derecho sancionador administrativo; implica confundir su ámbito de aplicación con el Derecho penal.

DESOBEDIENCIA, ESTADO DE ALARMA Y COVID-19

EDUARDO RAMON RIBAS

Catedrático de Derecho Penal de la Universitat de les Illes Balears

tirant lo blanch

Valencia, 2021

Copyright © 2021

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito del autor y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

Este trabajo se escribe en el marco del proyecto "Política criminal y reforma penal en una sociedad en transformación" (DER2017-82390-R), del Ministerio de Economía y Competitividad; y de la Ayuda para la consolidación y estructuración de unidades de investigación competitivas del Sistema universitario de Galicia, modalidad de grupos de referencia competitiva (GRC2015/021), de la Consellería de Cultura, Educación y Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia.

Director de la Colección:
JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC
Catedrático de Derecho Penal
Universitat de València

© Eduardo Ramon Ribas

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: V-2119-2020
ISBN: 978-84-1355-531-7
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com.
En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

1. DESOBEDIENCIA ADMINISTRATIVA Y DESOBEDIENCIA PENAL

1.1. Consideraciones iniciales: el RD 463/2020 no contiene un régimen sancionador propio

Adelanto ya la respuesta a la pregunta antes formulada: ¿Fue correcta la calificación? A mi juicio, rotundamente, no¹⁵.

Considerar constitutiva de un delito de desobediencia grave una conducta como la efectivamente sancionada por la mencionada resolución judicial comporta una absoluta, y prohibida, invasión del espacio propio del Derecho sancionador administrativo; implica confundir su ámbito de aplicación con el del Derecho Penal, considerar exactamente iguales las infracciones propias de aquel y las infracciones penales, inaplicables las administrativas por la necesaria preferente aplicación de estas.

El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, no introduce, no podría hacerlo¹⁶, nuevas previsiones penales; incorpora a nuestro ordenamiento jurídico, eso sí, en un primer momento con una restricción temporal de quince días¹⁷, una, según anuncia la rúbrica de su artículo 7, *Limitación general de la libertad de circulación de las personas*.

Dice así este, en relación con el tema que ahora nos ocupa, dicho fundamental artículo 7:

¹⁵ Y ello a pesar, preciso es reconocerlo, de que “los incumplimientos de la previsión del art. 7 del RD 463/2020, de 14 de marzo que declara el Estado de Alarma RDEA revisten una singular gravedad de injusto dados los riesgos potenciales que son susceptibles de generar en un amplio colectivo de personas y por su naturaleza inicialmente dolosa o mejor consciente, tras la información que a toda la sociedad se ha dado en cumplimiento de lo previsto en el art. 19”. Vid. VARGAS CABRERA, B., “El Decreto de Alarma, la llamada legislación de desescalada y el derecho penal”, *Diario La Ley*, Nº 9642, Sección Tribuna, 28 de Mayo de 2020, Wolters Kluwer.

¹⁶ Solo están autorizadas para ello, en virtud de la reserva correspondiente impuesta por el artículo 81 de la CE, las leyes orgánicas: en efecto, dice el art. 81.1, “son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”.

¹⁷ Dada la necesidad, para prorrogar el Estado de alarma, de contar con la preceptiva autorización del Congreso de los Diputados. Art. 116.2 CE: “El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo”.

1. Durante la vigencia del estado de alarma las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las siguientes actividades, que deberán realizarse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores, o por otra causa justificada:

- a) Adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad.
- b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios.
- c) Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial.
- d) Retorno al lugar de residencia habitual.
- e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.
- f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros.
- g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad.
- h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza.

1 bis. La vigencia del estado de alarma no supondrá obstáculo alguno al desenvolvimiento y realización de las actuaciones electorales precisas para el desarrollo de elecciones convocadas a Parlamentos de comunidades autónomas.

2. Los menores de 14 años podrán acompañar a un adulto responsable de su cuidado cuando este realice alguna o algunas de las actividades previstas en el apartado anterior.

3. Igualmente, se permitirá la circulación de vehículos particulares por las vías de uso público para la realización de las actividades referidas en los apartados anteriores o para el repostaje en gasolineras o estaciones de servicio.

4. En todo caso, en cualquier desplazamiento deberán respetarse las recomendaciones y obligaciones dictadas por las autoridades sanitarias.

5. El Ministro del Interior podrá acordar el cierre a la circulación de carreteras o tramos de ellas por razones de salud pública, seguridad o fluidez del tráfico o la restricción en ellas del acceso de determinados vehículos por los mismos motivos.

Cuando las medidas a las que se refiere el párrafo anterior se adopten de oficio se informará previamente a las Administraciones autonómicas que ejercen competencias de ejecución de la legislación del Estado en materia de tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial.

Las autoridades estatales, autonómicas y locales competentes en materia de tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial garantizarán la

divulgación entre la población de las medidas que puedan afectar al tráfico rodado.

6. El Ministro de Sanidad podrá, en atención a la evolución de la emergencia sanitaria, dictar órdenes e instrucciones en relación con las actividades y desplazamientos a que se refieren los apartados 1 a 4 de este artículo, con el alcance y ámbito territorial que en aquellas se determine.

Dicho con otras palabras, y dejando ahora al margen su adecuación a la Constitución¹⁸, el RD 463/2020 establece una *prohibición general de circular por las vías o espacios de uso público*, limitando, en consecuencia, casi anulándolo, el derecho fundamental declarado por el artículo 19.1 de la CE, según el cual, “los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional”.

La pandemia, la crisis a ambos lados del Atlántico, “ha hecho aflorar al ‘viejo’ soberano, en el sentido más puro, autoritario o schmittiano de la palabra. La declaración de estados de alarma o excepción, aún dentro de los límites a los que les someten las constituciones, constituyen la expresión más descarnada de la soberanía estatal residenciada en las manos del poder ejecutivo. En la relación estado-ciudadano, el coronavirus nos ha traído un tipo de soberano autoritario, desconocido por fortuna para la mayoría de los ciudadanos, con poderes extraordinarios sobre nuestra libertad de movimientos y que se considera legitimado de tomar medidas que afectan gravemente a la libertad de empresa o a la propiedad privada. Este soberano, crecido por la pandemia, ha revitalizado igualmente uno de los componentes esenciales del concepto clásico westfaliano de soberanía: el territorio. Las fronteras las prohibiciones de desplazarse de un país a otro han aparecido de una manera tan veloz, que aún no nos hemos percatado suficientemente del envés que significa para el mundo de ayer”¹⁹.

El citado RD 463/2020 no incluye, sin embargo, un régimen sancionador propio asociado al incumplimiento de aquella prohibición (incumplimiento que, lógicamente, no se producirá si concurre alguno de los supuestos que autorizan circular por las vías o espacios de uso público)²⁰.

¹⁸ Vid., al concluir este apartado, el Excurso “La constitucionalidad de la declaración del Estado de alarma con la limitación general de la libertad de circulación de las personas prevista en su artículo 7”.

¹⁹ Vid. ADÁN NIETO, A., “El Derecho penal ante el coronavirus: entre el estado de emergencia y la gobernanza global”, *Almacén de Derecho*, 15 de abril de 2020.

²⁰ Vid., también, ROCA DE AGAPITO (*Diario La Ley*, N° 9626, Sección Tribuna, 6 de Mayo de 2020, Wolters Kluwer), quien afirma que, “para tratar de garantizar el cumplimiento de la citada ‘limitación de la libertad de circulación’, el artículo 20 del Real Decreto 463/2020 ha previsto un ‘régimen sancionador’, el cual lo que hace es simplemente remitirse a lo dispuesto en otras Leyes. Cabe entender que por razones prácticas y de urgencia no se ha redactado un catálogo de infracciones a las disposiciones previstas en el Real Decreto del estado de alarma, sino que lo que se ha hecho es una remisión

Su artículo 20, rubricado precisamente *Régimen sancionador*, se limita a decir que “*el incumplimiento o la resistencia a las órdenes de las autoridades competentes en el estado de alarma será sancionado con arreglo a las leyes, en los términos establecidos en el artículo diez de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio*”²¹. Como afirma ROCA DE AGAPITO, “*el régimen sancionador del estado de alarma es el mismo que cuando no estábamos en estado de alarma. El Real Decreto del estado de alarma no ha cambiado nada en este punto*”²².

Según LOZANO CUTANDA, el Real Decreto de declaración del estado de alarma no ha previsto un régimen sancionador específico “*y, es más, no podía haberlo hecho*”. “*Así lo entendemos porque es la propia Ley Orgánica 4/1981 la que dispone que las sanciones se castigarán ‘con arreglo a lo dispuesto en las leyes’ a diferencia de lo que ocurre con el estado de excepción —más restrictivo de los derechos—, para el que sí prevé que la autorización que el Gobierno remite al Congreso de los Diputados deberá contener, entre otros extremos, ‘la cuantía máxima de las sanciones pecuniarias que la Autoridad gubernativa esté autorizada a imponer, en su caso, a quienes contravengan las disposiciones que dicte durante el estado de excepción’ (art. 13.2)*”²³.

normativa a otras infracciones ya previstas en otras Leyes”. “*Y ¿cuáles son estas leyes?*”, se pregunta dicho autor acto seguido. Y la respuesta es: “*Pues todas las que ya existen*”.
²¹ El artículo diez de la LO 4/1981 dice, muy sucintamente, que “*el incumplimiento o la resistencia a las órdenes de la Autoridad competente en el estado de alarma será sancionado con arreglo a lo dispuesto en las leyes*”. Por consiguiente, el art. 20 del RD 463/2020 reproduce, casi literalmente, lo establecido por aquel precepto, resultando, por ello, redundante: se afirma, primero que el incumplimiento o la resistencia a las órdenes de la Autoridad competentes será sancionado *con arreglo a las leyes*; y, acto seguido, por remisión a la LO 4/1981, que aquel incumplimiento, o aquella resistencia, serán sancionados con arreglo a lo dispuesto en las leyes. La reiteración era, evidentemente, innecesaria. Bastaba con remitirse a lo dispuesto en las leyes, sin necesidad de referirse a la LO 4/1981. La remisión a esta quizá tenga el solo efecto de recordar lo establecido en sus previsiones Dos y Tres: “*Dos. Si estos actos fuesen cometidos por funcionarios, las Autoridades podrán suspenderlos de inmediato en el ejercicio de sus cargos, pasando, en su caso, el tanto de culpa al juez, y se notificará al superior jerárquico, a los efectos del oportuno expediente disciplinario. Tres. Si fuesen cometidos por Autoridades, las facultades de éstas que fuesen necesarias para el cumplimiento de las medidas acordadas en ejecución de la declaración de estado de alarma podrán ser asumidas por la Autoridad competente durante su vigencia*”.

²² “*Quizás ello no sea necesario, no lo sé, pero lo lógico sería que circunstancias excepcionales requiriesen medidas excepcionales y no las habituales*”. Vid. ROCA DE AGAPITO, “*Las normas no se desobedecen, se infringen*”, ob. cit.

²³ Vid., LOZANO CUTANDA, B., “*¿Qué se puede sancionar en el incumplimiento del estado de alarma?*”, *Diario La Ley*, N° 9636, Sección Tribuna, 20 de Mayo de 2020, Wolters Kluwer.

El RD 463/2020, por consiguiente, únicamente *incorpora a nuestro ordenamiento jurídico, durante determinado tiempo* (el plazo inicial de quince días más las sucesivas prórrogas del estado de alarma), *una prohibición general de circular por vías o espacios públicos*, al tiempo que autoriza excepcionalmente la circulación por ellos. Si leemos con toda atención el mencionado art. 20, observaremos que ni siquiera dispone que será sancionado el incumplimiento de aquella prohibición general introducida por el art. 7; será sancionado con arreglo a las leyes *el incumplimiento o la resistencia a las órdenes de las autoridades competentes en el estado de alarma*.

¿Es el propio Real Decreto 463/2020 una de las órdenes dictadas por las autoridades competentes en el estado de alarma? Aunque respondamos de forma afirmativa (lo cual no es una consecuencia necesaria de la interpretación del art. 20), deberá convenirse en que habría resultado más afortunada, por ejemplo, la siguiente redacción: *el incumplimiento²⁴ de la prohibición establecida en el artículo 7 será sancionado con arreglo a las leyes*". O esta otra: *el incumplimiento de la prohibición establecida en el artículo 7 será considerado desobediencia o, en su caso, resistencia, a las órdenes de la autoridad, y sancionado con arreglo a las leyes*".

En definitiva, y obviando el debate que suscitan estas últimas reflexiones, el RD 463/2020 no tipifica infracciones penales, pues ello supondría una muy manifiesta violación de la Constitución. Lo que hace, preciso es insistir en ello, es introducir una prohibición general con un inmenso alcance práctico: a pesar de que no modifica la letra del artículo 36 de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, que considera infracciones graves, entre otras, la desobediencia o la resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones, "cuando no sean constitutivas de delito"; ni tampoco el tenor del art. 556.1 del Código Penal, que declara que serán castigados los que, "sin estar comprendidos en el artículo 550", resistieren o desobedecieren gravemente a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones²⁵, sí incide en el contenido práctico de ambos, pues tiene una enorme capacidad de alimentar sus

²⁴ Este término, claro está, tiene una significación muy amplia: otra opción sería referirse, como hacen el art. 36.6 de la LOPSC o el art. 556 del CP, distinguiendo dos formas de incumplimiento, a la *desobediencia* y a la *resistencia*. Si se ha acompañado la referencia al *incumplimiento* de la mención a la *resistencia* es, simplemente, porque en estos términos está redactado el art. diez de la LO 4/1981.

²⁵ "O al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad" (art. 556.1 CP).

respectivos ámbitos aplicativos, bien directamente, si estimamos que el incumplimiento de aquella prohibición general es susceptible de calificarse como desobediencia, bien indirectamente, por constituir una fuente infinita de órdenes que darán las autoridades (otras distintas de las que lo son conforme al RD 463/2020) o sus agentes, en el ejercicio de sus funciones, a los ciudadanos que incumplan la *orden* general y sean conminados a regresar a sus domicilios.

1.1.1. Excurso. La constitucionalidad de la declaración del Estado de alarma con la limitación general de la libertad de circulación de las personas prevista en su artículo 7

El art. 116.1 de la CE establece que *“una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes”*. El estado de alarma, según el art. 116.2, *“será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración”*.

La LO que tradujo el mandato constitucional impuesto por el art. 116.1 fue la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. El *estado de alarma* es objeto de regulación en su Capítulo Segundo, precisamente así rubricado, y comprensivo de los artículos cuarto a doce. Según el art. cuarto, el Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo 116.2 de la Constitución, podrá declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad:

- a) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud.
- b) *Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves.*
- c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos veintiocho, dos, y treinta y siete, dos, de la Constitución, concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo.
- d) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.

La declaración del estado de alarma está, por tanto, perfectamente fundamentada. Su disposición más controvertida es, sin duda, la contenida en su, ya citado, art. 7, que establece una *prohibición general de circular por las vías o espacios de uso público*, limitando, en consecuencia, casi anulándolo, el derecho fundamental declarado por el artículo 19.1 de la CE, según el cual, *“los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional”*.

De la *suspensión de los derechos y libertades*, rubricándose así, se ocupa el Capítulo Quinto del Título I (*De los derechos y deberes fundamentales*) de la CE, comprensivo de un único artículo, el 55, que distingue los supuestos de suspensión *general* de derechos (art. 55.1) de los supuestos de suspensión *individual* de estos.

Dice así el art. 55.1: *“Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción”*.

Los derechos reconocidos en el artículo 19 son, por consiguiente, susceptibles de suspensión; de hecho, el art. 55.1 se refiere a él de forma genérica, sin limitación alguna, como sucede, por ejemplo, con los arts. 18 o 28. Eso sí, y es muy importante advertirlo, los derechos reconocidos en el artículo 19 solo podrán ser suspendidos *cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la CE*. Existen serias dudas de que la declaración del Estado de Alarma pueda amparar, por tanto, una limitación tan mayúscula como la impuesta por su artículo 7. Procedía, según parece, declarar el Estado de Excepción. Cabe, por supuesto, argumentar en sentido contrario, pero la prohibición establecida por dicho artículo 7 tiene tal dimensión que difícilmente puede no ser considerado una suspensión de los derechos reconocidos por el art. 19 de la CE.

Como apunta ÁLVAREZ GARCÍA, *“hay que centrar la cuestión en la diferencia entre ‘limitación’ o ‘restricción’ del derecho fundamental, y suspensión del mismo, aun partiendo del dato de que, como apunta el TEDH, entre ‘privación’ y ‘restricción de libertad’ no hay más que una diferencia de grado o de intensidad, no de naturaleza o de esencia”*. “Para

conseguir lo anterior, el camino más adecuado, posiblemente, es el de precisar qué se entiende por 'contenido esencial' del derecho fundamental²⁶.

En su opinión, la cuestión no admite dudas: "Desde luego, si nos atenemos, y hay que hacerlo, a los términos del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, la conclusión sólo puede ser: que se están suspendiendo derechos fundamentales (por más que en el Preámbulo del mismo se afirme que las medidas previstas: "no suponen la suspensión de ningún derecho fundamental, tal y como prevé el artículo 55 de la Constitución"). En efecto, lo que en el artículo 7 del RD se denominan: "Limitación de la libertad de circulación de las personas", con objeto, supongo, de superar la objeción de conflicto con lo dispuesto en el artículo 55.1 del texto constitucional, no es más que una suspensión del derecho fundamental a la libre circulación. Ello es así, porque en el citado precepto se prohíbe la circulación por las vías públicas, con una serie de excepciones que se exponen en un elenco cerrado; es decir: la norma es la prohibición de circulación, la excepción el permiso para muy concretas actividades (que, en definitiva, se refieren a las imprescindibles para la propia supervivencia –adquisición de alimentos y fármacos, así como para acudir a centros sanitarios y entidades financieras–, ayudas a otros que lo precisen, acudir a centros de trabajo y causas de fuerza mayor o necesidad). Dicho de otra forma: se ha privado a los ciudadanos españoles del derecho a la libre circulación (y, siempre, otros que están unidos a este derecho, como el derecho de reunión o manifestación)"²⁷.

"Pues bien", sigue diciendo ÁLVAREZ GARCÍA, "si el derecho fundamental se refiere a la libertad para deambular por el territorio nacional, y el RD lo que ha hecho es prohibir, precisamente, esa deambulación, hasta el punto de que se conmina a los ciudadanos a permanecer en sus domicilios bajo amenaza de sanciones (penales y administrativas), lo que se ha efectuado es: vaciar de contenido el derecho, convirtiéndolo en irreconocible, desnaturalizándolo. El afirmar a continuación que nos hallamos ante una situación de limitación o restricción del derecho, no constituye más que una grosera manipulación del texto constitucional. En este sentido es verdaderamente burdo el tratar de convencer a un ciudadano, al que se le ha prohibido durante semanas salir de su domicilio habitual, que no se le ha suspendido el derecho a la libre circulación, sino que meramente se le

²⁶ Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., "Estado de alarma o de excepción", Estudios penales y criminológicos, núm. 40, 2020, págs. 7 y 8.

²⁷ Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., "Estado de alarma o de excepción", ob. cit., págs. 8 y 9.

ha limitado o restringido su ejercicio...cuando lo único que se le permite es transitar desde la cocina de su vivienda al dormitorio. Pues bien, si confinar en la vivienda es limitación a la libre circulación por el territorio nacional ¿qué contenido tendrá la suspensión del derecho?”²⁸.

Intuyo, en cualquier caso, que el Tribunal Constitucional, en un futuro no lejano, confirmará la adecuación a la Constitución del RD 463/2020.

En su Auto de 30 de abril de 2020, afirma el Tribunal Constitucional que, “*en el estado actual de la investigación científica, cuyos avances son cambiantes con la evolución de los días, incluso de las horas, no es posible tener ninguna certeza sobre las formas de contagio, ni sobre el impacto real de la propagación del virus, así como no existen certezas científicas sobre las consecuencias a medio y largo plazo para la salud de las personas que se han visto afectadas en mayor o menor medida por este virus. Ante esta incertidumbre tan acentuada y difícil de calibrar desde parámetros jurídicos que acostumbran a basarse en la seguridad jurídica que recoge el art. 9.3 de la Constitución, las medidas de distanciamiento social, confinamiento domiciliario y limitación extrema de los contactos y actividades grupales, son las únicas que se han averado eficaces para limitar los efectos de una pandemia de dimensiones desconocidas hasta la fecha. Desconocidas y, desde luego, imprevisibles cuando el legislador articuló la declaración de los estados excepcionales en el año 1981. En todo caso, parece obvio que la prohibición de celebrar la manifestación, que se deriva claramente de la resolución judicial impugnada, guarda una relación lógica y de necesidad evidente con la finalidad perseguida por esa misma interdicción: evitar la propagación de una enfermedad grave, cuyo contagio masivo puede llevar al colapso de los servicios públicos de asistencia sanitaria. La adecuación entre la finalidad pretendida por la limitación y la herramienta jurídica empleada en este caso, no parece por tanto inexistente”.*

Ya antes había dicho el Tribunal Constitucional, en la misma resolución, que “*la manifestación se pretende desarrollar en el marco de una situación de pandemia global muy grave, que ha producido un gran número de afectados y de fallecidos en nuestro país, y que ha puesto a prueba a las instituciones democráticas y a la propia sociedad y los ciudadanos, en cuanto se han convertido, en conjunto, en elementos esenciales para luchar contra esta situación de crisis sanitaria y económica que afecta a todo el país, situado por mor de la misma ante una situación que, pese a no ser la primera vez que se produce (ya sufrimos, entre otras, la pandemia*

²⁸ Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., “Estado de alarma o de excepción”, ob. cit., págs. 11 a 13.

de 1918), *sí es la primera vez que nuestra actual democracia se ha visto en la necesidad de enfrentarse ante un desafío de esta magnitud y de poner en marcha los mecanismos precisos para hacerle frente*".

COTINO HUESO interpreta estas y otras reflexiones del Tribunal Constitucional, en el referido auto, en el siguiente sentido: *"Un Tribunal Constitucional confinado parece afirmar la constitucionalidad del estado de alarma y señala que para prohibir manifestaciones hay que analizar cada caso concreto"*²⁹.

*"El auto", sigue diciendo aquel autor, "es sobre el derecho de huelga, pero en primer lugar hay que destacar que se deslizan no pocos argumentos que pueden servir para confirmar la constitucionalidad del decreto de alarma. El TC señala que, dado el escaso conocimiento de la enfermedad y la "incertidumbre tan acentuada", "las medidas de distanciamiento social, confinamiento domiciliario y limitación extrema de los contactos y actividades grupales son las únicas que se han averado eficaces" para proteger la vida y la salud (FJ 4º). En esta dirección, puede recordarse que al menos en las primeras semanas el debate político y social no era la intensidad de las restricciones, sino el retraso en haberlas adoptado. Además, no hay que obviar el dato político de que la primera prórroga del decreto de alarma obtuvo un 87% de apoyo en el Congreso"*³⁰.

En relación con la opinión de que la grave restricción de derechos que supone el confinamiento implica una suspensión de derechos, *"por lo que se ha dado un estado de excepción encubierto o un estado de alarma extralimitado y, por tanto, inconstitucional"*, afirma, *"si se me permite"*, que, *"políticamente, resulta algo incoherente criticar por no adoptar medidas más contundentes y al tiempo afirmar la inconstitucionalidad de la contundencia de las restricciones. En todo caso, en política se puede sorber y chupar al mismo tiempo"*³¹.

Sigue explicando COTINO HUESO que *"recuerda ahora el auto del TC su STC 83/2016, de 28 de abril (caso alarma controladores aéreos)"*, en la que se afirmaba que *"la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental, pero 'sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio' (FJ 2º). En todo caso, expresamente, el TC elude el debate de si el confina-*

²⁹ Vid. COTINO HUESO, "El TC, las manifestaciones y la constitucionalidad del confinamiento", *El confidencial*, 4 de mayo de 2020.

³⁰ Vid. COTINO HUESO, "El TC, las manifestaciones y la constitucionalidad del confinamiento", *ob. cit.*

³¹ Vid. COTINO HUESO, "El TC, las manifestaciones y la constitucionalidad del confinamiento", *ob. cit.*

miento es 'una limitación excesiva o incluso una suspensión del derecho de manifestación no puede ser abordada ni siquiera a efectos dialécticos' (FJ 4º). No obstante", advierte aquel autor, "considero que en el auto se dan algunas pistas para salir de una laberíntica situación. Quizá se siga la línea, entre otros, marcada por Cruz Villalón, expresidente del TC. De un lado, el TC afirma que el coronavirus ha rebasado la Ley Orgánica 4/1981 de estados de excepción: nos encontramos ante "una pandemia de dimensiones desconocidas hasta la fecha". Estamos ante circunstancias 'desconocidas y, desde luego, imprevisibles cuando el legislador articuló la declaración de los estados excepcionales en el año 1981' (FJ 4º). Del otro lado, cabe recordar que la Ley Orgánica 4/1981 (y no la Constitución) reserva el estado de excepción para las alteraciones graves del orden público (art. 13). En esta dirección, el TC expresamente afirma e insiste en que "tampoco la declaración del estado de alarma se ha basado en la preservación del orden público, sino en la garantía del derecho a la integridad física y la salud de las personas" (FJ 4º). En todo caso, habrá que esperar a otras resoluciones del TC sobre la constitucionalidad de las medidas adoptadas"³².

Destaca COTINO HUESO, por último, que, "como he sostenido, no es el artículo 7 del decreto de alarma el que restringe el derecho de reunión, sino que, como señala el TC, es el coronavirus: "La consecuencia de prohibición o suspensión del art. 21 CE y 28 CE no es una consecuencia derivada de dicha declaración [del estado de alarma]" (FJ 4º)"³³.

CRUZ VILLALÓN, a quien cita aquel autor, en una, como las anteriormente referidas, magistral intervención, afirma lo siguiente: "A pesar de todo lo anterior preciso es reconocer que la Constitución, la denostada Constitución de 1978, una vez más ha funcionado. Los constituyentes de 1978 diseñaron un derecho de excepción del que forma parte el estado de alarma que ahora encuadra nuestros instrumentos de lucha contra la pandemia. Hemos podido disponer de un instituto, concebido para catástrofes de este tipo, bajo el que acoger las drásticas pero necesarias medidas adoptadas. La patente restricción resultante en el ejercicio de algunos derechos fundamentales ha hecho dudar de la idoneidad de la opción por este preciso estado de emergencia, que, por lo que hace a su alcance y a diferencia de los estados de excepción o de sitio, no permite la suspensión de derecho fundamental alguno. Ocurre, sin embargo, que el estado de

³² Vid. COTINO HUESO, "El TC, las manifestaciones y la constitucionalidad del confinamiento", ob. cit.

³³ Vid. COTINO HUESO, "El TC, las manifestaciones y la constitucionalidad del confinamiento", ob. cit.

excepción, tal como nuestro ordenamiento lo configura, es expresión y respuesta a un conflicto político abierto. Sería concebible un estado de excepción superpuesto al de alarma en una situación de amplio desafío a este último, pero esto en modo alguno ha ocurrido, de tal modo que sería incluso injusto revestir con los caracteres de una emergencia de orden público unas medidas tan generalmente acatadas por la población.

Dicho esto, la dura realidad es que la presente emergencia es de una magnitud tal que difícilmente podríamos encontrarla acabadamente reflejada en ninguno de los estados de emergencia previstos, sea el estado de alarma, el de excepción o el de sitio. La extensión de estas medidas a todo el territorio nacional, su extensión a toda la población, sin olvidar ahora su prolongación en el tiempo, hacen difícil su descripción con arreglo a las categorías constitucionales disponibles. Cuando de pronto, salvo excepciones, no se puede abandonar el domicilio, cuando de pronto se deja de poder ir a trabajar, cuando de pronto resulta imposible acceder a la generalidad de los servicios básicos no esenciales, la situación resultante rebasa el debate sobre si estamos ante una restricción o una suspensión de determinados derechos y libertades, y si, en consecuencia, procedía la declaración de un estado u otro. Dicho en términos constitucionales, la realidad es que estamos ante una afectación drástica del principio general de libertad, la cual se está asumiendo ejemplarmente en función de su estricta temporalidad, pero que se vuelve una carga tanto más pesada conforme esa temporalidad se prolonga³⁴.

1.2. Principio de intervención mínima del Derecho penal: destinatarios. Mandato al legislador y principio informador de la práctica judicial

He dicho antes que considerar constitutiva de un delito de desobediencia grave una conducta como la castigada por la citada sentencia implica una absoluta, y prohibida, invasión por parte del Derecho penal del espacio propio del Derecho sancionador administrativo; prohibida en tanto supone la confusión total de sus respectivos ámbitos de aplicación y, si fuera así, la imposible aplicación de la infracción administrativa consistente en desobedecer tipificada en la LO 4/2015.

Este no es, obviamente, un resultado tolerable: por muy amplio que sea el radio de acción del delito de desobediencia, la voluntad de legis-

³⁴ Vid. CRUZ VILLALÓN, P., "La Constitución bajo el estado de alarma", *El país*, 17 de abril de 2020.

lador orgánico de 2015 al aprobar la Ley de Protección de la Seguridad ciudadana es, tipificando la infracción administrativa de desobediencia, concederle, aun reducido, un ámbito de aplicación propio. La desobediencia penal debe ser grave, ciertamente, lo cual determina que la leve tenga naturaleza administrativa, a menos, por supuesto, que toda desobediencia sea, por incumplir un mandato legal, automáticamente grave.

No debe, sin embargo, pervertirse el significado del principio de intervención mínima del Derecho Penal.

El principio de intervención mínima expresa un límite a la actuación penal: incluso hallándonos dentro del marco trazado por el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, y contemplándose el Derecho Penal como un instrumento idóneo para tutelar un concreto bien jurídico, debe acudir preferentemente a otras ramas del Derecho si estas garantizan una eficacia similar a la de aquel. El Derecho Penal es la última *ratio*, el último recurso defensivo del Estado: cualquier otro Derecho tiene preferencia sobre él.

Al respecto debe tenerse presente, no obstante, que el principio de intervención mínima del Derecho Penal fundamentalmente opera en el momento prelegislativo: el legislador no debe recurrir a la tipificación penal de conductas si los objetivos preventivos y protectores por ella perseguidos son susceptibles de alcanzarse a través de medios distintos del Derecho Penal y, por consiguiente, menos severos que el recurso a la pena. Dicho de otro modo, la configuración de un sistema de tutela de un bien jurídico debe realizarse a la luz del *principio de preferencia de instrumentos, fueren o no jurídicos, no penales*.

Pese a todo, la libertad del legislador para decidir si recurre al Derecho Penal es muy amplia. Es él quien decide si éste es adecuado para proteger un determinado bien jurídico y si lo es en mayor medida que otros instrumentos no penales. Incluso imaginando medios o medidas de esta última naturaleza útiles para lograr aquel fin, muchas veces serán prioridades presupuestarias de otro tipo las que impedirán adoptar aquellas.

Como indica DE LA MATA BARRANCO, “cuando se invoca el principio (de proporcionalidad) en relación con una decisión del poder legislativo en materia penal parte el Tribunal Constitucional de la idea de que, dentro de los límites marcados por la Constitución, el legislador tiene atribuida una potestad exclusiva y plena para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente represensibles, el tipo y la cuantía de las sanciones penales y la proporción entre la gravedad de las conductas que pretende evitar y la de las penas con que intenta conseguirlo”³⁵. El control de constitu-

³⁵ Vid. DE LA MATA BARRANCO, “Aspectos nucleares del concepto de proporcionalidad de la intervención penal”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 60, Fasc/Mes 1, 2007, pág. 168.

cionalidad de la proporcionalidad de la norma penal debe limitarse, según el Tribunal Constitucional, “a verificar la ausencia de un patente derroche inútil de coacción, de un sacrificio excesivo del derecho fundamental que la pena restringe, de un atentado contra el valor fundamental de la justicia propia de un Estado de Derecho”³⁶.

Ahora bien, una vez adoptada por el Parlamento la decisión de recurrir al Derecho Penal y, consecuentemente, crear una figura delictiva, esta debe aplicarse con carácter preferente: la concurrencia entre una norma penal y una norma no penal se resuelve, así, mediante la aplicación de la primera, que desplaza necesariamente a la segunda³⁷ (a menos, por supuesto, que la sanción propia de esta presente un fundamento distinto al de aquella, en cuyo caso resultaría posible la acumulación de ambas consecuencias).

En contra de la preferente aplicación del Derecho Penal no cabe alegar, dicho de otro modo, el principio de intervención mínima, cuyo destinatario principal es el legislador: aquel principio impone, en efecto, la prohibición de crear normas penales, de tipificar delitos y sancionarlos con penas, cuando el bien que se desea proteger no es constitucionalmente relevante o su protección puede ser garantizada con medidas no penales, por lo que quien tiene asignada dicha potestad, el legislador, está obligado a juzgar si la intervención penal es verdaderamente necesaria. En un segundo momento, el de la aplicación de la norma penal (abandonamos, por tanto, la fase de creación de la ley) el principio de intervención mínima podrá servir de base para apoyar ciertas interpretaciones o lecturas restrictivas de las normas penales, pudiendo determinar, desde esta perspectiva, la aplicación de normas no penales. En tales casos no se producirá, sin embargo, un desplazamiento de la norma penal por la norma no penal, sino la aplicación de la única norma aplicable, sin que el tenor literal de la norma penal resulte decisivo, pues tan solo delimita el espacio infranqueable dentro del cual debe discurrir una interpretación necesariamente teleológica.

Resulta claro, en cualquier caso, que el Derecho Penal, pese a dedicarse exclusivamente a proteger bienes jurídicos, jamás tiene confiada la protección *en exclusiva* de alguno de ellos: es esta una misión propia del ordenamiento en su conjunto, compartida, por tanto, con otras ramas del Derecho.

³⁶ Vid. DE LA MATA BARRANCO, “Aspectos nucleares del concepto de proporcionalidad de la intervención penal”, ob. cit., pág. 168.

³⁷ De hecho, cuando una conducta presenta indicios de ser constitutiva de infracción penal, debe incoarse un proceso de esta naturaleza, pudiéndose paralizar, incluso, los procedimientos (administrativos, por ejemplo) o procesos (judiciales) no penales.

Especialmente gráfico es, en este sentido, el tenor de la LO 1/2004, de Medidas de protección integral contra la violencia de género. Entre ellas se hallan, por supuesto, un conjunto de medidas penales, pero no son, afortunadamente, las únicas³⁸. Se ha pretendido que la tutela de bienes jurídicos (en este caso, de los afectados por el ejercicio de violencia de género), muchas veces confiada casi absolutamente al Derecho Penal, la solución quizá más popular y, desde luego, más barata, no se realice únicamente recurriendo a él, sino también (e, incluso, fundamentalmente) mediante el auxilio de otras disciplinas jurídicas y, de modo destacado, a través de la previsión de medidas de sensibilización, prevención y detección, especialmente en el ámbito educativo (Capítulo I, Título I), en el de la publicidad y medios de comunicación (Capítulo II, Título I) y en el sanitario (Capítulo III, Título I).

La tutela del *orden público*, objeto de tutela, según anuncia la rúbrica del Título XXII del Libro II del Código Penal, del delito de desobediencia³⁹, no es, en consecuencia, una función confiada exclusivamente al Derecho Penal, sino encomendada, también, y seguramente de forma principal, al Derecho Administrativo, al cual el Derecho Penal, si se le permite la expresión, auxilia, y lo hace amenazando con la imposición de sus consecuencias más características: las penas y, entre ellas, y de forma destacada, las penas de prisión, sin olvidar, sin embargo, penas de inhabilitación y económicas.

El principio de intervención mínima goza aún, superado el momento prelegislativo, de un último margen aplicativo, pues informa la interpretación de las normas penales⁴⁰: con aquel principio como fundamento, un Juez o Tribunal penal puede elegir una opción interpretativa que reduzca la extensión de un tipo penal y procure, por consiguiente, una intervención penal menos amplia que la indicada por la literalidad de la ley. Esto último resulta imperativo cuando la descripción penal se ha limitado a recoger infracciones procedentes de otros sectores del Derecho,

³⁸ Con independencia de lo adecuadas que resulten las numerosas medidas no penales dirigidas a combatir la violencia de género introducidas por la LO 1/2004, de lo que no cabe duda es de que esta es verdaderamente una Ley de protección integral, por lo que no estimo acertado, recurriendo a tópicos en la materia, afirmar que el legislador, una vez más, decidió *ofrecer como única respuesta a un problema social*, en este caso, la violencia de género, y valga la redundancia, *la respuesta penal*.

³⁹ Ubicado en el Capítulo II, al que pone fin, del referido Título XXII.

⁴⁰ El enraizamiento constitucional del principio de proporcionalidad, como explica LASCURAÍN SÁNCHEZ, "*organiza, relaciona y hace más comprensibles en el marco constitucional los tradicionales principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, ultima ratio e intervención mínima*", aportándole a la jurisprudencia penal novedad "*en forma de principio interpretativo de las normas penales*". Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, "Restictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional", *Indret*, 3/2012, pág. 15.

sin introducir, por tanto, diferencias en los respectivos contenidos de injusto. Dada la preferente aplicación de las normas penales, ello debería significar la imposibilidad de aplicar las normas no penales en supuestos en los que el injusto de la conducta resulta, pese a todo, insuficiente para provocar la intervención penal. La práctica, sin embargo, nos demuestra que la excesiva amplitud en la configuración de los tipos penales suele generar su inaplicación, por lo que la norma no penal conserva su ámbito aplicativo.

No debe, sin embargo, decirse, pervertirse el significado del principio de intervención mínima del Derecho Penal. Pero ello sucede, muchas veces con consecuencias prácticas, y otras en un plano puramente teórico, en múltiples resoluciones judiciales.

Muy recientemente, en su Auto núm. 318, de 24 de abril de 2020, la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca⁴¹, afirma que existen *“medidas legales a disposición de las autoridades sanitarias para hacer frente a los incumplimientos en la materia, sin necesidad de acudir al derecho penal, para responder a supuestos concretos de riesgo para la salud pública: La Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de la Salud Pública”*. *“Este cuadro normativo”*, sigue diciendo, *“pone de manifiesto que, para conjurar un riesgo para la salud pública, los medios adecuados no se encuentran en el derecho penal ni en el proceso de esa naturaleza”*.

La subordinación del Derecho Penal al Derecho Administrativo se hace patente acto seguido: *“La vía seguida precisa de la gravedad de la desobediencia para desbordar y superar el límite de la sanción administrativa que debe de explorarse previamente antes de recurrir al procedimiento penal (última ratio) y a la adopción de la medida cautelar penal de la prisión provisional”*.

Y se insiste en ello: *“El sistema sancionador constitucionalmente ordenado y legalmente desarrollado es un conjunto de normas a disposición del Estado para hacer frente a los más graves incumplimientos de la normativa, en este caso administrativa. En el supuesto de que la existencia de una norma prohibitiva no sea suficiente para conseguir el comportamiento legalmente obligado y se infrinja el mismo, es legítimo que el Estado recurra a su facultad sancionadora en los casos legalmente previstos, pero el sistema está ordenado de forma que debe recurrirse a lo establecido por*

⁴¹ Vid. Tirant online, Documento (Tol 7898989).

normas sancionadoras menos graves y estigmatizadoras antes de hacer uso del arma más potente y agresiva que el ordenamiento prevé: la normativa penal^{42/43}.

No son infrecuentes las sentencias del Tribunal Supremo que supeditan el principio de intervención mínima al principio de legalidad, dirigido fundamentalmente el primero al legislador y sujetos estrictamente al segundo los jueces y tribunales.

Cabe destacar, entre otras, su Sentencia núm. 434/2014, de 3 de junio⁴⁴, según la cual, *“la tipicidad es la verdadera enseña y divisa de la antijuricidad penal, quedando extramuros de ella el resto de las ilicitudes para las que la “sanción” existe, pero no es penal. Solo así se salvaguarda la función del derecho penal, como última ratio y los principios de legalidad y de mínima intervención que lo inspiran”*.

“El primero”, sigue diciendo dicha sentencia, *“se dirige en especial a los Jueces y Tribunales. Solo los comportamientos que son susceptibles de integrarse en un precepto penal concreto pueden considerarse infracción de esta naturaleza sin que sea dable incorporar a la tarea exegética ni la interpretación extensiva⁴⁵ ni menos aún la analogía en la búsqueda del sentido y alcance de una norma penal. Ello significa que la limita-*

⁴² Inmediatamente añade que, *“solo es legítimo recurrir al derecho penal ante una actitud rebelde al cumplimiento de tal gravedad que, frente a ella, se ha revelado inútil la imposición de la sanción administrativa en una pluralidad de ocasiones”*. En este momento, a diferencia de los anteriores, el Tribunal parece recolocar las cosas en su sitio vía interpretación: si la norma penal no se aplica es porque ella misma se ha auto limitado reservándose únicamente el castigo de actitudes rebeldes, de desobediencias, como exige el art. 556, graves.

⁴³ Obligado es dar testimonio de que todas las afirmaciones referidas no se traducen en una incorrecta inaplicación de la norma penal ni fundamentan indebidamente el fallo alcanzado, fantásticamente argumentado: estimar el recurso de apelación interpuesto y dejar sin efecto la medida de prisión provisional en su día adoptada, acordando la libertad provisional del apelante.

⁴⁴ Vid. Tirant online, Documento (Tol 4388468).

⁴⁵ Esta categórica afirmación debe ser rechazada. Como expuse ya en otro momento y lugar, *“pese a que la jurisprudencia sigue refiriéndose a ellas conjuntamente afirmando que ambas están prohibidas, la interpretación extensiva contra reo y la analogía in malam partem no deben confundirse: la primera, por ser interpretación, es perfectamente admisible, aunque sea contra reo si, respetando el tenor literal posible, es aconsejada por una interpretación teleológica del precepto, esto es, atenta al espíritu y finalidad de éste. Tampoco son infrecuentes las posiciones doctrinales contrarias a la interpretación extensiva contra reo, advirtiéndose en ellas una confusión con la analogía. No obstante su licitud, interpretar de forma extensiva contra reo será la excepción: procederá cuando el fin de protección de la norma lo aconseje, pero no debe olvidarse que el Derecho Penal en su conjunto está informado por el principio de mínima intervención, que apunta precisamente en sentido contrario”*. Vid. RAMÓN

ción que la aplicación de este principio impone supone la exclusión de aquellas conductas que no se encuentran plenamente enmarcadas dentro de un tipo penal o lo que es igual, pretendiendo criminalizar conductas previamente a su definición dentro del orden jurisdiccional competente, para delimitar dentro de él las conductas incardinadas dentro de esta jurisdicción y establecer la naturaleza de la responsabilidad para, llegado el caso, trasladarlas a este orden jurisdiccional limitativo y restrictivo por la propia naturaleza punitiva y coercitiva que lo preside”.

El segundo principio, el de intervención mínima, “supone que la sanción penal no debe actuar cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico”. El Derecho Penal “es la última razón a la que debe acudir el legislador que tiene que actuar, en todo momento, inspirado en el principio de intervención mínima de los instrumentos punitivos”. Esto último debe ser destacado: “reducir la intervención del derecho penal, como ultima ratio, al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal”⁴⁶.

Resulta también muy significativo el siguiente fragmento de la Sentencia núm. 1033/2000, de 13 de junio, del Tribunal Supremo⁴⁷: “El principio de “intervención mínima” no puede ser invocado como fundamento de la infracción de Ley en el recurso de casación, toda vez que sólo es un criterio de política criminal dirigido particularmente al legislador y sólo mediatamente puede operar como criterio regulador de la interpretación de las normas penales, que en ningún caso puede servir para invalidar una interpretación de la ley ajustada al principio de legalidad. Su contenido no puede ir más allá, por lo tanto, del principio liberal que aconseja que en la duda se adopte la interpretación más favorable a la libertad (in dubio pro libertate)”⁴⁸.

RIBAS, E., “Interpretación extensiva y analogía en el Derecho Penal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, núm. 12 (julio de 2014), pág. 159.

⁴⁶ Vid. Sentencia, citada, núm. 434/2014, de 3 de junio, del Tribunal Supremo, Tirant online, Documento (Tol 4388468).

⁴⁷ Vid. Tirant online, Documento (Tol 4920459).

⁴⁸ “En conclusión, es el legislador el que ha de plegarse al principio de intervención mínima. A los tribunales sólo afecta en tanto que han de interpretar las normas de la forma

1.3. Principio de intervención mínima, presunción de inocencia e “in dubio pro reo”

Entendido en el referido sentido, el principio de intervención mínima debe diferenciarse de los principios de presunción de inocencia⁴⁹ e *in dubio pro reo*. Aquel pretende, como hemos visto, orientar la actividad del legislador, que debe evitar tipificar como constitutivas de delito conductas que pueden ser prevenidas eficazmente con instrumentos no penales o que no tienen entidad suficiente para merecer la intervención del Derecho Penal. Ahora bien, decidida por el legislador penal la necesidad de esta intervención, el principio de legalidad impone el respeto a la voluntad de aquel manifestada mediante la orden de castigar los comportamientos tipificados como delito.

Los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo* tienen como destinatarios principales a quienes aplican las normas penales, a los jueces y tribunales, pero también, seguramente, a los agentes de la autoridad que deben decidir, por ejemplo, practicar una determinada detención⁵⁰. Mientras el principio de intervención mínima en su dimensión

*en que resulte más favorable al reo. No obstante, este canon hermenéutico no precisa para su formulación del referido principio, sino que radica en la médula del sistema de justicia criminal nacido tras la Revolución Francesa. Por eso, si un juzgador estima que cualquier norma penal vulnera el principio de proporcionalidad, lo que tiene que hacer es plantear una cuestión de inconstitucionalidad. Jamás, empero, Inaplicarla, pues entonces estaría usurpando el papel del legislador y quebrando la división de poderes”. Vid. VILLEGAS FERNÁNDEZ, J. M., “¿Qué es el principio de intervención mínima?”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, núm. 23, año 2009, pág. 7.*

Es “verdaderamente sorprendente”, por ello, sigue diciendo este autor, “que se sostenga que la convergencia de espacios de protección acarree la destipificación de conductas que encajan dentro de la descripción del articulado del Código Penal. Es verdad que los tribunales está facultados para tomar en consideración el principio de intervención mínima, mas sólo como un criterio exegético auxiliar” (pág. 7).

⁴⁹ Definido sucintamente por NIEVA FENOLL, J., (“La razón de ser de la presunción de inocencia”, *Indret* 1/2016, Barcelona, enero 2016, pág. 4) como “el principio clave del proceso penal”, “en realidad, (...) de todo el sistema penal”.

⁵⁰ El alcance del principio de presunción de inocencia supera, en efecto, los estrechos márgenes del proceso penal: “Más allá del debate sobre la discutida naturaleza jurídica de la presunción de inocencia (su controvertida catalogación como derecho subjetivo o presunción legal, que autores como De la Oliva ponen en tela de juicio) cabe resaltar que, a grandes rasgos, es una figura que se desdobra de la siguiente manera: como una regla de tratamiento, en la medida en que obliga a los Poderes Públicos a tratar a toda persona como si fuera inocente hasta que, en su caso, recaiga sentencia firme condenatoria; y como regla de juicio lo que, dicho en síntesis, significa que toda condena penal exige una prueba de cargo lícita y válida en virtud de la cual el tribunal obtenga la certeza de la culpabilidad del acusado”. MUÑOZ ARANGUREN, A., “La

judicial aconseja una determinada interpretación de la norma, aquellos principios imponen una concreta interpretación de los hechos. No resulta acertado afirmar, por ello, a mi juicio, que el principio de intervención mínima es "un recordatorio del principio *in dubio pro reo*, de la presunción de inocencia"⁵¹.

La relación entre estos dos principios es, por cierto, sumamente, interesante. Como explica la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 477/2019, de 14 de octubre⁵², "al plantearse la aplicación del principio *"in dubio pro reo"* es preciso recordar que, desde la perspectiva constitucional, la diferencia entre presunción de inocencia y la regla *in dubio pro reo* resulta necesaria. La presunción de inocencia ha sido configurada por el art. 24.2 como garantía procesal del imputado y derecho fundamental del ciudadano protegido por la vía de amparo. Ello no ocurre con la regla *in dubio pro reo*, condición o exigencia "subjetiva" del convencimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpatória existente aportada al proceso. Este principio sólo entra en juego cuando, efectivamente, practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia, pertenece a las facultades valorativas del juzgador de instancia, no constituye precepto constitucional y su excepcional invocación casacional sólo es admisible cuando resulta vulnerado su aspecto normativo, es decir "en la medida en la que esté acreditado que el tribunal ha condenado a pesar de la duda" (STS 70/98 de 26.1, 699/2000 de 12.4). Aunque durante algún tiempo esta Sala ha mantenido que el principio *in dubio pro reo* no era un derecho alegable al considerar que no tenía engarce con ningún derecho fundamental y que en realidad se trataba de un principio interpretativo y que por lo tanto no tenía acceso a la casación. Sin embargo, en la actualidad tal posición se encuentra abandonada, hoy en día la jurisprudencia reconoce que el principio *in dubio pro reo* forma parte del derecho a la presunción de inocencia y es atendible en casación. Ahora bien, solo se justifica en aquellos casos en los que el tribunal haya planteado o reconocido la existencia de dudas en la valoración de la prueba sobre los hechos y las haya resuelto en contra del acusado (STS 999/2007, de 12-7; 677/2006, de 22-6; 836/2004, de 5-7; 479/2003; 1125/2001; de 12-7). Es verdad que en ocasiones el tribunal de instancia no plantea así la cuestión, por ello es preciso un examen más por menorizado para averiguar si, en efecto, se ha infringido dicho principio. Por ejemplo, si toda la prueba la constituye un sólo testigo y éste ha dudado sobre la autoría del acusado, se infringiría dicho principio si el tribunal, a pesar de ello, esto es, de las dudas del testigo hubiese condenado, pues es claro que de las diversas posibilidades optó por la más perjudicial para el acusado. La STS 666/2016 de 14-7, explica cómo el principio *"in dubio pro reo"* nos señala

presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*: algunos equívocos", Almacén de Derecho, 7 de abril de 2020.

⁵¹ -Y, en definitiva, de todo el repertorio interpretativo a favor del sujeto pasivo de la acción penal que ha regido tradicionalmente en los juzgados patrios". Vid. VILLEGAS FERNÁNDEZ, J. M., "¿Qué es el principio de intervención mínima?", ob. cit., pág. 7.

⁵² Vid. Tirant online, Documento (Tol 7548591).

cuál deber ser la decisión en los supuestos de duda, pero no puede determinar la aparición de dudas donde no las hay, existiendo prueba de cargo suficiente y válida si el tribunal sentenciador expresa su convicción sin duda razonable alguna, el referido principio carece de aplicación (STS 709/97, de 21-5; 1667/2002, de 16-10; 1060/2003, de 25-6)".

Se manifiesta claramente en contra de esta posición jurisprudencial, que admite está consolidada, MUÑOZ ARANGUREN, a cuyo juicio “no es satisfactoria”, pues “supone, de alguna forma, el regreso de la superstición de la íntima convicción del tribunal que, frente a la objetividad de las pruebas practicadas en el plenario, haría prevalecer un palpito metajurídico sobre la inocencia del acusado. Si a pesar de haberse practicado prueba de cargo válida y suficiente el tribunal alberga dudas sobre la culpabilidad debe absolver al acusado, pero razonando motivadamente por qué el cuadro probatorio no le parece objetivamente suficiente”⁵³.

Hace unos años era corriente denunciar, como dice IGARTÚA SALAVERRÍA, que se apeaba el *in dubio pro reo* de la constitucional *presunción de inocencia*⁵⁴.

1.4. Regla general de subsidiariedad del Derecho Administrativo sancionador

Dirigido el principio de intervención mínima, fundamentalmente, al legislador, y declarada la absoluta preminencia del principio de legalidad, la Ley obliga a jueces y tribunales, que no solo no podrán condenar a un sujeto si su comportamiento no está previamente descrito como delito, y castigado con una pena, en una Ley, sino que, si lo está, deberán imponer la sanción prevista por ella. El Derecho Penal debe ser aplicado de forma preferente.

El principio de preferente aplicación del Derecho Penal implica que la interpretación de sus normas es también preferente: el contenido de una infracción administrativa que tenga conexión con una norma penal deberá determinarse de forma residual. Solo una vez fijado interpretativamente el alcance de la norma penal, podrá determinarse el de la norma administrativa: su techo será el suelo de la norma penal.

⁵³ Vid. MUÑOZ ARANGUREN, A., “La presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*: algunos equívocos”, ob. cit., *Almacén de Derecho*, 7 de abril de 2020.

⁵⁴ Vid. IGARTUA SALAVERRÍA, J., “Motivación de las sentencias, presunción de inocencia, ‘*in dubio pro reo*’”, *Anuario de derechos humanos*, núm. 2, 2001, pág. 461.

O, dicho de otro modo, son los jueces y tribunales del orden penal los que deciden el límite superior del ámbito de aplicación de las infracciones administrativas emparentadas con las penales. El precepto administrativo, subsidiario, se aplicará solo en defecto del penal, el principal, sin necesidad de que se declare de forma expresa la subsidiariedad de aquel, inherente al principio de preferente interpretación y aplicación de las normas penales.

Son frecuentes, no obstante, las cláusulas legales que advierten de la necesaria subordinación (como hemos visto, no solo aplicativa sino, antes, interpretativa) del Derecho sancionador administrativo al Derecho Penal. Es el caso, por ejemplo, del *Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana*, cuyo art. 56 (*Infracciones constitutivas de delito*) dispone lo siguiente: “*Cuando con ocasión de los expedientes administrativos que se instruyan por infracción urbanística o contra la ordenación del territorio aparezcan indicios del carácter de delito del propio hecho que motivó su incoación, el órgano competente para imponer la sanción lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos de exigencia de las responsabilidades de orden penal en que hayan podido incurrir los infractores, absteniéndose aquél de proseguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado. La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa sin perjuicio de la adopción de medidas de reposición a la situación anterior a la comisión de la infracción*”.

Contiene una previsión análoga el art. 85 (*Actuaciones administrativas y jurisdicciones penales*) del *Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial*:

“1. Cuando en un procedimiento sancionador se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca indicios de delito perseguible de oficio, la autoridad administrativa lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, por si procede el ejercicio de la acción penal, y acordará la suspensión de las actuaciones.
2. Concluido el proceso penal con sentencia condenatoria, se archivará el procedimiento sancionador sin declaración de responsabilidad.

3. Si la sentencia es absolutoria o el procedimiento penal finaliza con otra resolución que le ponga fin sin declaración de responsabilidad, y siempre que la misma no esté fundada en la inexistencia del hecho, se podrá iniciar o continuar el procedimiento sancionador contra quien no haya sido condenado en vía penal.

La resolución que se dicte deberá respetar, en todo caso, la declaración de hechos probados en dicho procedimiento penal”.

Es obligado destacar, también, el art. 45 (*Carácter subsidiario del procedimiento administrativo sancionador respecto del penal*) de la LO 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana:

1. *No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente cuando se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento.*

2. *En los supuestos en que las conductas pudieran ser constitutivas de delito, el órgano administrativo pasará el tanto de culpa a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que de otro modo ponga fin al procedimiento penal, o el Ministerio Fiscal no acuerde la improcedencia de iniciar o proseguir las actuaciones en vía penal, quedando hasta entonces interrumpido el plazo de prescripción.*

La autoridad judicial y el Ministerio Fiscal comunicarán al órgano administrativo la resolución o acuerdo que hubieran adoptado.

3. *De no haberse estimado la existencia de ilícito penal, o en el caso de haberse dictado resolución de otro tipo que ponga fin al procedimiento penal, podrá iniciarse o proseguir el procedimiento sancionador. En todo caso, el órgano administrativo quedará vinculado por los hechos declarados probados en vía judicial.*

4. *Las medidas cautelares adoptadas antes de la intervención judicial podrán mantenerse mientras la autoridad judicial no resuelva otra cosa.*

1.5. Reglas administrativas especiales de subsidiariedad expresa

Si la subordinación de las infracciones administrativas a las infracciones penales es la regla general, y, en su virtud, la interpretación y aplicación de aquellas es subsidiaria de la de estas, no sería preciso recordarlo insistentemente con ocasión de la tipificación de infracciones administrativas concretas. Sin embargo, la apelación a que la conducta definida no sea constitutiva de delito es, en efecto, reiterada. Contiene numerosos ejemplos de ello la citada LOPSC:

- El art. 35 considera una infracción muy grave la fabricación, reparación, almacenamiento, circulación, comercio, transporte, distribución, adquisición, certificación, enajenación o utilización de armas reglamentarias, explosivos catalogados, cartuchería o artículos pirotécnicos, incumpliendo la normativa de aplicación, careciendo de la documentación o autorización requeridas o excediendo los límites autorizados cuando tales conductas no sean constitutivas de delito
- El art. 36 tipifica como infracciones graves una extensa lista de comportamientos: en total, dicho precepto comprende 23 nú-

meros, cada uno de los cuales describe, al menos, una acción u omisión. El requerimiento de que la conducta no constituya una infracción penal se realiza en los números 1, 2, 8, 10, 14, 18, 21; en otros se exige que no sea constitutiva de delito, concretamente en los números 4, 6, 12 y 17.

- El art. 37 define como infracciones leves otra extensa lista de comportamientos: en total, esta vez, 17 números, con diversas apelaciones, nuevamente, a que la conducta no sea constitutiva de delito o infracción penal.

No contiene una previsión equivalente, por el contrario, entre otras, la siguiente infracción: *“la proyección de haces de luz, mediante cualquier tipo de dispositivo, sobre los pilotos o conductores de medios de transporte que puedan deslumbrarles o distraer su atención y provocar accidentes”* (art. 37.4), susceptible de integrar un delito contra la seguridad vial⁵⁵. Pese a todo, esta infracción, lógicamente, solo podrá aplicarse cuando los hechos, en efecto, no fueren constitutivos de delito.

Si la infracción grave consistente en realizar o incitar a la realización de actos que atenten contra la libertad e indemnidad sexual, o en ejecutar actos de exhibición obscena (art. 36.5), no matizara que se producirá *cuando no constituya infracción penal*, igualmente devendría inaplicable cuando sí lo fuera.

La previsión de estas cláusulas, por tanto, resulta, en realidad, innecesaria, si bien tienen un evidente efecto de llamada de atención: no a los jueces y tribunales penales, sino a quienes deben aplicar las normas administrativas, incluidos (pero no solo, ni muy especialmente) los jueces y tribunales del orden contencioso-administrativo. Se les recuerda que si bien la conducta es *prima facie* constitutiva de infracción administrativa (muy grave, grave o leve), es susceptible también de integrar un delito, en cuyo caso, como dispone el citado art. 45 de la LOPSC, *“el órgano administrativo pasará el tanto de culpa a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que de otro modo ponga fin al procedimiento penal, o el Ministerio Fiscal no acuerde la improcedencia de iniciar o proseguir las actuaciones en vía penal, quedando hasta entonces interrumpido el plazo de prescripción”*. El examen del órgano administrativo no deberá detenerse, por tanto, en la comprobación de que el hecho es subsumible en una determinada infracción adminis-

⁵⁵ En concreto, el consistente en originar un grave riesgo para la circulación *“por cualquier medio”* (art. 385, 1ª).

trativa; deberá evaluarse también, y ese es el recordatorio que realizan aquellas cláusulas, si tiene apariencia de delito, actuando, en su caso, en consecuencia.

Dado que su análisis nos ocupa en este trabajo, preceptivo es destacar que el art. 36.6 de la LOPSC tipifica como infracción grave *la desobediencia o la resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones, "cuando no sean constitutivas de delito"*.

SEGUNDA LECTURA

Ramon Ribas, E. (2021). *El delito de desobediencia del artículo 556 del CP*. Ramon Ribas, E. Desobediencia, estado de alarma y Covid-19. Valencia, España. Editorial Tirant lo Blach, pp. 47-97.

El art. 566.1 del CP español, distingue dos comportamientos: resistir, en primer término, y, en segundo lugar, desobedecer gravemente. Mientras la desobediencia, para estimar cometido este delito, debe ser grave, la otra típica no requiere tal gravedad: es definida como delito, en efecto, la resistencia no grave.

DESOBEDIENCIA, ESTADO DE ALARMA Y COVID-19

EDUARDO RAMON RIBAS

Catedrático de Derecho Penal de la Universitat de les Illes Balears

tirant lo blanch

Valencia, 2021

2. EL DELITO DE DESOBEDIENCIA DEL ARTÍCULO 556 CP

2.1. *Desobediencia simple y desobediencia con resistencia*

El delito de desobediencia grave por parte de particulares está tipificado en el referido artículo 556 CP, poniendo fin al Capítulo II (*De los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia*) del TÍTULO XXII (*Delitos contra el orden público*) del LIBRO II (*Delitos y sus penas*) del Código Penal.

Como observan ÁLVAREZ GARCÍA/CARRASCO ANDRINO, “*el vigente artículo 556 del CP hunde sus raíces inmediatamente en el tenor del artículo 265 del Código Penal de 1870*”, según el cual, “*los que sin estar comprendidos en el artículo 263 resistieren a la Autoridad o a sus agentes, o los desobedecieren gravemente en el ejercicio de las funciones de sus cargos, serán castigados...*”. Este texto, con escasísimas modificaciones y ninguna sustancial, es el que ha permanecido en nuestro Código Penal hasta la desgraciada reforma llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo. Pero incluso tras esta metamorfosis (...) la conducta continúa siendo descrita de la misma forma que en los códigos penales anteriores: *desobediencia grave a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones*”⁵⁶.

Dice así el artículo 556: “1. Serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses, los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren o desobedecieren gravemente a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, o al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

2. Los que faltaren al respeto y consideración debida a la autoridad, en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de multa de uno a tres meses”.

⁵⁶ “Incluso en el “extraño Código” de 1928 la conducta —y prescindiendo de algún resabio lógicamente autoritario, como el que consistió en incorporar al simple funcionario entre los sujetos pasivos— se mantuvo este delito en los mismos términos desde el punto de vista material: “Los que, sin estar comprendidos en los artículos anteriores, resistieren a la autoridad o a sus agentes o a los funcionarios públicos, o los desobedecieren gravemente en el ejercicio de las funciones de sus cargos, serán castigados”. Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./CARRASCO ANDRINO, M. M., “Desobediencias y obediencias en el código penal español: validez y exigencia”, *Cuadernos de política criminal*, núm. 124, 2018, pág. 53.

Destaca la doctrina habitualmente, en relación con el artículo 556.1, como principal novedad tras la reforma de dicho precepto operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, la inclusión del personal de seguridad privada entre los sujetos pasivos de la conducta desobediente⁵⁷.

⁵⁷ Con relación a la extensión del precepto a la seguridad privada, subraya QUINTERO OLIVARES que “de nuevo el legislador de 2015 cae en el exceso de equiparar a los trabajadores de las empresas de seguridad privada con los funcionarios públicos responsables de la custodia del orden público, estableciendo que es punible la resistencia o desobediencia al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, con una fórmula parecida a la que emplea en el artículo 554. Este precepto está llamado, como su paralelo del art. 554, a provocar conflictos, entre otras cosas porque las actuaciones que pueden desarrollar los Cuerpos y Fuerzas ante una situación de resistencia o desobediencia grave, que pueden incluir el uso de la fuerza física, no están al alcance de los trabajadores de empresas de seguridad privada, pues por razones de evidencia constitucional el monopolio del uso de la fuerza está reservado al Estado y es indelegable, salvo en aquellos casos en los que cualquier ciudadano puede verse en el trance de tener que utilizar la fuerza, por ejemplo, para detener a alguien en flagrante delito. Son conocidos los problemas que el uso de la fuerza genera incluso cuando recurren a ella los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, y sería grave cualquier clase de “flexibilidad interpretativa” en relación con quienes pueden hacer uso de ella. En todo caso, la condición de que actúen bajo el control de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad puede reducir los riesgos de excesos. Vid. QUINTERO OLIVARES, “Comentario al artículo 556 CP”, en *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo II. 7ª ed., ebook, Pamplona 2016. Muy crítico también se muestra GARCÍA RIVAS, en general, con la reforma de la que fueron objeto los delitos de atentado, resistencia y desobediencia y, en particular, con la ampliación comentada: “El Capítulo II del Título XXII del Código Penal, relativo a los delitos de atentado, resistencia y desobediencia, requería una reforma en profundidad acorde con un Derecho penal democrático del siglo XXI. Por desgracia, las novedades que introduce la reforma de 2015 van justamente en sentido contrario: el de un Derecho más represivo y vinculado al vetusto ‘principio de autoridad’, incompatible con un concepto constitucional de orden público, que se define por la ‘protección de personas y bienes y el mantenimiento de la tranquilidad y el orden ciudadano’ esto es, la seguridad pública o, si se prefiere, la seguridad ciudadana (STC 172/2013, de 10 de octubre). La Constitución asigna su protección a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado (art. 104.1 CE), misión que comparten las policías autonómicas y locales (art. 1 LO 2/1986). La reforma de 2015, como decía, se orienta en dirección contraria. Con carácter general, procede a ampliar un capítulo delictivo que en el ordenamiento constitucional democrático debería quedar reducido al máximo porque puede afectar directamente al ejercicio de derechos fundamentales; una ampliación que llega al paroxismo con la irrupción de la nueva figura de ‘atentado terrorista’ (art. 573 CP) ajena por completo a la impresión semántica de la expresión. En particular, lejos de reducir el elenco de sujetos protegidos conforme a un criterio ligado al bien jurídico, extiende la protección a sujetos cuya tarea nada tiene que ver con esa misión constitucional de preservar la seguridad ciudadana. Por último, hace caso omiso al reclamo de la doctrina para que aclare el asimétrico cuadro de figuras punibles (atentado, resistencia, desobediencia), le obliga a realizar una tarea de ortopedia jurídica (Bricola) innecesaria por completo

Se trata, sin duda, con certeza, de una importante modificación⁵⁸, pero quizá no de la más sobresaliente: el precedente artículo 556 preveía la imposición de una pena de prisión de seis meses a un año; actualmente la pena de prisión imponible es la de tres meses⁵⁹ a un año y aparece como pena alternativa la de multa de 6 a 18 meses. Este dato no debe pasar desapercibido, pues facilita la aplicación del precepto al no resultar obligada la imposición de una pena de prisión. Dicho con otras palabras, la pena es ahora mucho más flexible, favoreciéndose su adaptación a la gravedad del hecho e, indirectamente, la aplicación del precepto.

Se introduce de esta forma una mayor diferenciación entre este delito de desobediencia genérica y la desobediencia específica sancionada por el artículo 383 del Código Penal: el conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores a aquel, es castigado con la pena de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años. Este segundo componente de la pena la hacía, ciertamente, más grave que la del artículo 556, pero la pena de prisión prevista por ambos preceptos era idéntica: la desobediencia cuyo castigo prevé el artículo 383 es, ahora, sensiblemente más grave, desde toda óptica, que la genérica sancionada por el citado artículo 556.

El ámbito de aplicación del artículo 556.1 también resulta modificado, indirectamente, en virtud de la reforma operada en los tipos objetivos del delito de atentado del artículo 550, respecto de los cuales los del aquel precepto, como ahora comentaremos con mayor extensión, son subsidiarios.

En relación con el delito de desobediencia interesa también destacar, de acuerdo con ÁLVAREZ GARCÍA, que es siempre un delito de omisión. Extiende este autor esta afirmación, en realidad, a todos los delitos de desobediencia tipificados en el Código Penal: *“A mi entender todos estos delitos de desobediencia son, en principio, delitos de omisión. Ciertamente no desconozco que ha habido, y hay, autores que han estimado que en el caso de los injustos de desobediencia el delito será de omisión o de acción dependiendo del contenido material de lo ordenado. Incluso algún autor, atendiendo a la concreta conducta típica en alguno de los injustos de desobediencia, entiende que el delito es, exclusivamente, de acción”*, como es el caso de RODRÍGUEZ DEVESA⁶⁰. Refiriéndose al antiguo artículo 369 CP, actual artículo 410, afirma lo siguiente ÁLVAREZ GARCÍA: *“lo que se exige es la observancia de un determinado comportamiento: dar el debido cumplimiento a las órdenes, etcétera; el movimiento corporal o la inhibición del mismo que haya de realizar el sujeto para atender el mandato, es indiferente para la calificación de la norma como preceptiva o prohibitiva. Lo esencial no es el contenido de la orden, sino el deber jurídico de acatarla, de obedecerla. Lo que sucede en determinados tipos delictivos —y el contenido en el artículo 369 CP constituye un paradigma de*

sin contáramos con un legislador cabal”. Vid. GARCÍA RIVAS, “Delitos de atentado, resistencia y desobediencia”, *Comentario a la reforma penal de 2015*, dir. Gonzalo Quintero Olivares, ebook, Pamplona 2015.

ello— es que el verdadero contenido de la voluntad del sujeto activo es susceptible de ponerse de relieve únicamente mediante una conducta activa (en el caso de las órdenes de no hacer), pero esto no significa que estemos ante un

58 A los vigilantes de seguridad, como observan CARRASCO ANDRINO, M./ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (“Los sujetos pasivos de la acción en los delitos de atentado, resistencia y desobediencia y el artículo 24 del Código Penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 20-18-2018, págs. 62 a 66), se les había negado, sin fisuras en la jurisprudencia, el carácter de “agentes de la autoridad”: “incluso la lamentable reforma del Código Penal de 2015 no ha hecho más que fortalecer esta idea. En efecto, la decisión del Legislador de mencionar expresamente al personal de la seguridad privada tanto en el artículo 554.3 b) como en el artículo 556.1, último inciso, ambos del Código Penal, pone de manifiesto que no lo considera incluso en el concepto de funcionario, pues de otra forma no hubiera sido preciso citarlo expresamente”.

Es importante, no obstante, destacar, como hacen estos autores, que el art. 556 “no se limita a mentar expresamente al personal de seguridad privada, sino que exige que se cumplan determinados requisitos para acoger en el tipo a ese personal como sujetos pasivos: 1º) que estén debidamente identificados, y 2º) que estén desarrollando sus funciones en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”.

En cuanto al desarrollo de las funciones en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas de Seguridad, siguen explicando aquellos autores, “hay que decir que la expresión recogida en el tipo no es puramente programática (en el sentido que recoge el Preámbulo de la Ley 5/2014, cuando dice que la relación entre Fuerzas de Seguridad del Estado y la Seguridad Privada es de cooperación) sino que exige concreción en el caso particular (los tipos penales –los tipos de delitos–no contienen meros principios abstractos, sino que definen particulares comportamientos). Por lo tanto, estuvieran o no presentes en el concreto espacio físico de desarrollo de la conducta miembros de esas Fuerzas de Seguridad, lo fundamental es que las labores que estuvieran realizando los integrantes de la seguridad privada se desarrollaran, en el caso dado, en cooperación con las Fuerzas de Seguridad del Estado y bajo el mando de éstas (en este sentido, SAP, Ciudad Real, Sección 1ª, 88/2017, de 12 de junio)”.

Ya para concluir, es preciso subrayar, como hacen los citados autores, “que, en todo caso, el personal de seguridad privada sólo podrá ser considerado sujeto pasivo del delito, y al margen de otros requisitos, cuando desarrollan realmente ‘actividades de seguridad privada’, por lo tanto no se trata de cualquiera de las actividades que pueda estar desarrollando el personal de una empresa de seguridad privada, sino exclusivamente lo que se consideran actos de “seguridad privada”, que son ‘...el conjunto de actividades, servicios, funciones y medidas de seguridad... para hacer frente a actos deliberados o riesgos accidentales, o para realizar averiguaciones sobre personas y bienes, con la finalidad de garantizar la seguridad de las personas, proteger su patrimonio y velar por el normal desarrollo de sus actividades”.

“En conclusión, y como señala la SAP, Málaga, Sección 8ª, 18/2017, de 10 de enero, siendo cierto que todos los vigilantes de seguridad están obligados a colaborar con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, tal y como se dispone por los artículos 30 y 31 de la Ley 5/2014, de Seguridad Privada, la existencia de tan abstracta obligación normativa no convierte, automáticamente, a esos vigilantes en agentes de la autoridad a los efectos del artículo 554.3 b) CP, sino que habrá que estar a la concreta tarea que se desenvuelve para dirimir si se están desarrollando o no “actividades de seguridad privada”, tal y como establece el precepto legal”.

delito de acción, sino que únicamente mediante una acción es posible poner de relieve la voluntad del sujeto de omitir la conducta esperada por el ordenamiento. En realidad, la expectativa del ordenamiento sólo es una: que el sujeto ejecute las órdenes del superior. El que para satisfacer las órdenes sea necesario que el sujeto haga o no haga algo, sólo servirá para comprobar si el agente ha cumplido el mandato de la norma consistente en dar el debido cumplimiento a las órdenes del superior. La referencia, pues, debe hacerse a si se ha dado o no (se ha negado a dar o no) el debido cumplimiento a lo ordenado. Y sólo existe una forma de conculcar el mandato de la norma: no dando el debido cumplimiento a lo ordenado, omitiendo el deber jurídico de cumplir las órdenes”⁶¹.

El art. 556.1⁶², por tanto, distingue dos comportamientos: resistir, en primer término, y, en segundo lugar, desobedecer gravemente. Mientras la desobediencia, para estimar cometido este delito, debe ser grave, la otra conducta típica no requiere tal gravedad: es definida como delito, en efecto, la resistencia no grave⁶³. De hecho, la resistencia grave, si hay violencia o intimidación grave, se tipifica como delito de atentado, previsto y penado en el art. 550.1 CP:

1. Son reos de atentado los que agredieren o, con intimidación grave o violencia, opusieren resistencia grave a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o los acometieren, cuando se hallen en el ejercicio de las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas⁶⁴.

La resistencia no grave es, en realidad, también una desobediencia. Resistir significa, según el Diccionario de la RAE, *oponerse con fuerza a algo*; desobedecer, según este mismo Diccionario, *no hacer lo que orde-*

⁵⁹ Se rebaja, en consecuencia, la pena mínima de prisión.

⁶⁰ Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, “Sobre quebrantamiento de condena, impago de pensiones, falta de comparecencia a comisiones de investigación y citaciones judiciales”, *Revista de derecho penal y criminología*, núm. 19, 2007, pág. 21, nota 26.

⁶¹ Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, Barcelona, 1987, págs. 182 y 183.

⁶² El art. 556.2, como vemos, castiga la mera *falta de respeto y consideración debida a la autoridad* (solo a esta, no a sus agentes), *en el ejercicio de sus funciones*, considerada, sin embargo, por jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo como una *desobediencia leve a la autoridad*. Vid., entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 837/2017, de 20 de diciembre, Tirant online, Documento (Tol 6462784).

⁶³ Según QUINTERO OLIVARES (“Comentario al artículo 556 CP”, ebook, ob. cit.), “la gravedad de esta resistencia no procederá de su ‘forma de manifestarse’, sino de su efectiva capacidad para impedir a la autoridad o su agente el ejercicio de la función”.

⁶⁴ El precedente artículo 550.1, antes de su reforma en 2015, decía así: *son reos de atentado los que acometan a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o empleen fuerza contra ellos, los intimiden gravemente o les hagan resistencia activa también grave, cuando se hallen ejecutando las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas.*

nan las leyes o quienes tienen autoridad. Aquella oposición debe serlo, evidentemente, a una orden o mandato. Quien resiste a la autoridad o a sus agentes, por tanto, no hace lo que las leyes o quienes tienen autoridad le ordenan, pero lo hace oponiéndose con fuerza. Dicho de otro modo: toda resistencia es desobediencia; mientras esta es el género, aquella es una especie de este.

Muy pedagógico es, también, el análisis de las diferencias entre resistencia y desobediencia que realiza la Sentencia núm. 60/2017, de 20 de marzo, de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección 1ª)⁶⁵: *“En cualquier caso, y volviendo a las dos conductas tipificadas en el art. 556.1, la diferencia entre la resistencia grave y la simple es puramente circunstancial, mientras que la diferencia entre el delito de resistencia y la desobediencia es ya una diferencia conceptual, porque resistencia implica una acción eminentemente física, una conducta de oposición al cumplimiento a las disposiciones de la autoridad, mientras que la “desobediencia” tiene un carácter omisivo, de pura inactividad ante el mandato, sin llegar a la oposición material o contrafuerza (STS 21-12-88); y será no grave cuando sea meramente pasiva o inerte, aun cuando en este caso es necesario que sea manifiesta y tenaz (STS 14-9-89). Es decir, el concepto de resistencia del art. 556 supone una dinámica activa contraria a los requerimientos de los agentes de la autoridad, en lo que lo trascendente es la actuación activa de utilización de la fuerza física al objeto de presentar una oposición resuelta y eficaz a lo que los agentes de la autoridad requieren”.*

En este sentido, con toda clarividencia, se expresó el Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de septiembre de 1985⁶⁶: *“toda resistencia (la especie) constituye⁶⁷, de cualquier forma, una variedad de la desobediencia (el género), y es que si la desobediencia implica incumplir el deber de hacer o no hacer lo que había sido ordenado por quien podía, la resistencia no grave, por otra parte, siendo también una negación a lo ordenado, adquiere su propia autonomía al ir acompañada de una actitud de porfía —tenaz, terca y persistente decía la Sentencia de 4 de marzo de 1985— con exclusión de iniciativa alguna, simple situación pasiva, obstativa pero inerte, distinta de la conducta activa, hostil y violenta que va subsumida en la resistencia grave del atentado (conducta de oposición y conducta de acometimiento)”⁶⁸.*

⁶⁵ Vid. Tirant online, Documento (Tol 6080908).

⁶⁶ Vid. Tirant online, Documento (Tol 2314060).

⁶⁷ La sentencia objeto de cita dice, en realidad, constituya, pues la frase está ya iniciada.

⁶⁸ *“Actuación que en último caso, cuando sólo se manifiesta pasivamente, sin empleo de fuerza alguna, ni pasiva ni activa, ni inerte ni violenta, genera la falta del artículo 570, en sus números 5 y 6 tal cual sea el supuesto acaecido, dándose así cauce penal a una conducta solo levemente antijurídica enmarcada más bien dentro de lo que, fuera*

Igualmente lúcido se mostraba GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA en sus comentarios al Código penal de 1870: la desobediencia, decía, es “no hacer uno lo que se le manda, estando en libertad para realizarlo, sin que se le compela materialmente”⁶⁹; en la resistencia advertía, sin embargo, una cohibición de la libertad, pues exige realizar esfuerzos materiales para que no se ejecute lo mandado⁷⁰.

El hecho de que el sujeto activo haya actuado con violencia o intimidación no graves, o de otro modo se haya opuesto con fuerza, aun de forma pasiva, al mandato recibido obstaculizando la actividad de los agentes, permite equipararla a la *simple* desobediencia grave⁷¹.

El Tribunal Supremo clasifica las resistencias, que, según la ley, pueden ser graves o no graves, además, en activas o pasivas: ambas comparten la necesidad de que exista oposición con fuerza; su ausencia impedirá afirmar que un sujeto resistió, pero no que desobedeció; si lo hizo, y de modo grave, habrá cometido un delito.

La atención conjunta a los artículos 550 y 556 CP, y al art. 36.6 de la LOPSC, ha conducido al Tribunal Supremo a realizar la siguiente clasificación:

Art. 550.1 CP. Delito de *atentado*, que consiste en agredir, acometer o resistir gravemente⁷², en este último caso con intimidación grave o con violencia⁷³. La resistencia típica conforme a este precepto es, por ello, la *resistencia activa grave*.

desde luego de la mente humana, se perfila espiritualmente, como luego se repetirá.
Vid. STS de 19 de septiembre de 1985.

⁶⁹ Vid. GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, A., *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, Tomo III, Imprenta de Timoteo Arnaiz, Burgos, 1870, pág. 450.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ He adjetivado ahora la desobediencia grave como *simple* porque en ella el sujeto activo desoye un mandato, no hace, según definición del Diccionario de la RAE, lo ordenado por la ley o por quien tiene autoridad (para ordenar, se entiende), pero no obstaculiza, no impide o dificulta, la actividad de los agentes, no presenta resistencia, oposición con fuerza, frente a ellos.

⁷² Adjetivación que no se requiere en relación con las dos primeras conductas.

⁷³ Aunque la violencia no es adjetivada como *grave*, la resistencia típica sí debe ser grave, por lo que, de forma indirecta, la violencia exigida debe ser igualmente grave. Así lo estima el Tribunal Supremo en su Sentencia, ya citada, núm. 837/2017, de 20 de diciembre (Tirant online, Documento (Tol 6462784)): “Este precepto (el artículo 550 CP), en su nueva redacción, incluye como modalidad de atentado la resistencia grave, entendida como aquella que se realiza por intimidación grave o violencia. El hecho de que de esta última no se califique de grave no implica que se incorporen en la nueva tipificación del atentado los supuestos de resistencia activa menos grave, que con arreglo a la jurisprudencia de esta Sala quedaban hasta ahora relegados al artículo 556 CP. La violencia es una actitud susceptible de presentar distintas magnitudes, y

Art. 556.1 CP. Delito de *resistencia* o de *desobediencia grave*. La resistencia típica presenta ahora dos variantes: *resistencia activa no grave, leve o simple*⁷⁴, y *resistencia pasiva grave*.

Art. 556.2 CP. Faltar al respeto y consideración debida a la autoridad. Según el Tribunal Supremo, se trata de un supuesto de *resistencia pasiva no grave o leve*, es decir, de un delito leve de resistencia.

Art. 36 LOPSC. Infracción grave consistente en desobedecer o resistir. La resistencia típica, según el Tribunal Supremo, es la *resistencia pasiva no grave o leve a los agentes de la autoridad*.

Muy didáctica resulta, una vez más, la citada Sentencia núm. 60/2017, de 20 de marzo, de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección 1ª)⁷⁵: “la jurisprudencia también ha venido aligerando o amortiguando la exigencia de pasividad en la conducta de la resistencia, al considerar que una conducta activa no siempre supone un acto de acometimiento, por lo que la actividad no ha de excluir de plano la posibilidad de la apreciación del delito de resistencia del art. 556 del C. Penal, en lugar del tipo penal de atentado previsto en los

la intensidad de la que prevé el nuevo artículo 550 CP no puede desvincularse de la entidad que se exige a la resistencia calificada en este contexto de grave. De otro modo llegaríamos a la desproporcionada conclusión de que cualquier resistencia con un componente violento, por mínimo que éste sea, integraría un atentado”.

En este sentido había opinado ya GARCÍA RIVAS: “El legislador de 2015 no ha tenido en cuenta esa doctrina jurisprudencial y ubica en el delito de atentado la resistencia realizada ‘con intimidación grave o violencia’. Aun cuando esta última no requiere textualmente el carácter de ‘grave’, ello debería colegirse de su enlace proposicional con la intimidación y, además, del necesario engarce sistemático con la resistencia ‘simple’, que sigue apareciendo en el artículo 556 CP, sin exigencia de gravedad alguna. La Exposición de Motivos refuerza esta idea al advertir de que ‘no se equipara el empleo de violencia sobre el agente con la acción de resistencia meramente pasiva’. El Informe del CGPJ sugería que la nueva redacción amplía el espectro de conductas punibles, pues la resistencia no tendrá que ser activa y grave. Esa misma opinión expresan Cuerda Arnáu/Olloquiegui Sucunza, que consideran por ello capciosa la explicación gubernamental. A mi modo de ver, es cierto que el texto de la norma no requiere que la violencia sea grave, pero si conectamos dicha previsión legal con la redacción del artículo 556 CPCP, el único espacio que puede cubrir este último precepto es el de una resistencia caracterizada por una violencia no grave, so pena de provocar su tácita abrogación. Así opina también el Consejo Fiscal al afirmar que la resistencia meramente pasiva seguirá residiendo en el citado artículo 556 CP”. Vid. GARCÍA RIVAS, “Delitos de atentado, resistencia y desobediencia”, *Comentario a la reforma penal de 2015*, dir. Gonzalo Quintero Olivares, ebook, Pamplona 2015.

⁷⁴ Vid. STS, ya citada, núm. 837/2017, de 20 de diciembre [Tirant online, Documento (Tol 6462784)]: “Aunque la resistencia del art. 556 CP, es (en principio) de carácter pasivo, puede concurrir alguna manifestación de violencia o intimidación, de tono moderado y características más bien defensivas y neutralizadoras, cual sucede, por ejemplo, en el supuesto del forcejeo del sujeto con los agentes de la autoridad”.

⁷⁵ Vid. Tirant online, Documento (Tol 6080908).

arts. 550 y 551.1" (SSTS 966/2000, 5-6 (R) 2000, 6299); 1755/2002, 22-10 (R) 2002, 9601); y 218/2003, 18-2 (R) 2003, 2388)).

Esa opción jurisprudencial parece razonable, sobre todo si sopesamos que la resistencia pasiva entra más bien en el radio de acción propio del delito de desobediencia grave, quedando así aquella con un perímetro de aplicación de suma estrechez. Este ámbito se ensancha, en cambio, al flexibilizar la exigencia de una conducta pasiva en la resistencia, de forma que un comportamiento activo del autor no desplace inexorablemente la tipicidad hacia el delito de atentado, permitiendo así operar, en tales casos, al delito de resistencia no grave. Con lo cual, el criterio conceptual sobre el que debe girar la clave interpretativa para deslindar ambos tipos penales (atentado y resistencia no grave) ha de ser más bien el relativo a la gravedad de la resistencia, que el representado por el binomio actividad-pasividad".

2.2. Desobediencia a la autoridad y a sus agentes, no a los funcionarios públicos

La desobediencia cuyo castigo prevé el art. 556.1 del Código Penal debe serlo a la autoridad o a sus agentes (en el ejercicio de sus funciones)⁷⁶, con omisión, por tanto, de los funcionarios públicos que no tengan la condición de agentes de la autoridad.

El artículo 550, que inmediatamente centrará nuestra atención, por el contrario, extiende su manto protector a la autoridad, a sus agentes y, en general, a los funcionarios públicos, incluidos los funcionarios docentes o sanitarios⁷⁷.

⁷⁶ Además, por supuesto, desde 2015, "al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad".

⁷⁷ Siempre, por supuesto, que, unos y otros, se hallen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, aunque el Código considera igualmente atentado realizar las conductas que se describen contra tales sujetos *con ocasión de ellas*, es decir, de su ejercicio.

El artículo 554 se refiere, además, de forma expresa, a los miembros de las Fuerzas Armadas, a los bomberos, miembros del personal sanitario o equipos de socorro y, asimismo, al citado personal de seguridad privada.

Dice así el art. 554: "1. Los hechos descritos en los artículos 550 y 551 serán también castigados con las penas expresadas en ellos cuando se cometieren contra un miembro de las Fuerzas Armadas que, vistiendo uniforme, estuviera prestando un servicio que le hubiera sido legalmente encomendado.

2. Las mismas penas se impondrán a quienes acometan, empleen violencia o intimiden a las personas que acudan en auxilio de la autoridad, sus agentes o funcionarios.

3. También se impondrán las penas de los artículos 550 y 551 a quienes acometan, empleen violencia o intimiden gravemente:

Existe, por tanto, como observan CARRASCO ANDRINO/ÁLVAREZ GARCÍA, en el artículo 550, una referencia expresa a tres tipos de sujetos, aunque, a su juicio, “en verdad hubiera sido bastante con aludir expresamente a los funcionarios públicos”⁷⁸, “pues las autoridades son siempre funcionarios a efectos penales (por más que no todos los funcionarios sean autoridades) y el agente de la autoridad para serlo ha de reunir también la cualidad de funcionario”; “por lo tanto”, concluyen, “como dijera FERRER SAMA, es superflua la referencia a los agentes”, aseveración, esta, “que se lleva realizando desde antiguo por más que nuestros sordos legisladores no la hayan acogido, guiados, suponemos, por la primitiva idea de que cuanto más se repita, cuanto más casuismo, mejor”⁷⁹.

Citan estos mismos autores, acto seguido, a CEREZO MIR⁸⁰, quien “insistía, magistralmente tal y como le era propio, en esta cuestión al decir: ‘Dado el amplio concepto de funcionario público que utiliza el Código, todas las autoridades y sus agentes lo son. La distinción solo puede tener sentido a efectos de medición de la pena’”⁸¹.

Abarcando el ámbito de aplicación del tipo penal del artículo 550 los atentados contra autoridades y funcionarios públicos, la expresa mención de los agentes de la autoridad resulta, en efecto, superflua, pues, ciertamente, son, en sentido penal, funcionarios públicos. La alusión sucesiva a autoridad y funcionarios públicos, sin embargo, tiene más sentido que en cualquier otro precepto penal, pues aquí son merecedores de un diferenciado régimen punitivo: “los atentados”, dice el art. 550.2, “serán castigados con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de tres a

a) A los bomberos o miembros del personal sanitario o equipos de socorro que estuvieran interviniendo con ocasión de un siniestro, calamidad pública o situación de emergencia, con la finalidad de impedirles el ejercicio de sus funciones.

b) Al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”.

⁷⁸ “Como en tantos preceptos de la Parte Especial del Código”. Vid. CARRASCO ANDRINO, M./ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “Los sujetos pasivos de la acción en los delitos de atentado, resistencia y desobediencia y el artículo 24 del Código Penal”, ob. cit., pág. 20.

⁷⁹ Vid. CARRASCO ANDRINO, M./ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “Los sujetos pasivos de la acción en los delitos de atentado, resistencia y desobediencia y el artículo 24 del Código Penal”, ob. cit., págs. 20 y 21.

⁸⁰ Vid. CEREZO MIR, “Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia, Problemas fundamentales del Derecho Penal”, Madrid 1982, pág. 209.

⁸¹ Vid. CARRASCO ANDRINO, M./ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “Los sujetos pasivos de la acción en los delitos de atentado, resistencia y desobediencia y el artículo 24 del Código Penal”, ob. cit., pág. 21.

*seis meses si el atentado fuera contra autoridad y de prisión de seis meses a tres años en los demás casos*⁸².

En suma, el artículo 550 del CP protege, en general, a los funcionarios públicos, incluidos, por supuesto, los agentes de la autoridad, dispensando una tutela superior, entre los funcionarios públicos, a los que tienen la condición de autoridad.

El artículo 556, en cambio, solo protege a determinados funcionarios públicos: aquellos que tienen la condición de autoridad o de agentes de esta, pues son ellos los que defienden o salvaguardan el orden público, disponiendo, a tal efecto, de la facultad de dictar órdenes.

Es preciso recordar que el Código Penal define los conceptos de autoridad⁸³ y funcionario público⁸⁴, pero no el de agente de la autoridad, constituyendo una referencia indiscutible para la determinación de este último, dadas nuestras preocupaciones en esta obra, el artículo 7 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad:

1. En el ejercicio de sus funciones, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tendrán a todos los efectos legales el carácter de agentes de la autoridad.

Este mismo artículo 7 dispone, acto seguido, que *“cuando se cometa delito de atentado, empleando en su ejecución armas de fuego, explosivos*

⁸² Acto seguido dispone lo siguiente el art. 550.3: *“3. No obstante lo previsto en el apartado anterior, si la autoridad contra la que se atentare fuera miembro del Gobierno, de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, del Congreso de los Diputados, del Senado o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones locales, del Consejo General del Poder Judicial, Magistrado del Tribunal Constitucional, juez, magistrado o miembro del Ministerio Fiscal, se impondrá la pena de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses”*.

Al respecto, afirman CARRASCO ANDRINO/ÁLVAREZ GARCÍA (*“Los sujetos pasivos de la acción en los delitos de atentado, resistencia y desobediencia y el artículo 24 del Código Penal”*, ob. cit., pág. 36), que *“en atención al bien jurídico protegido en este precepto (el buen funcionamiento de las funciones públicas, en cuanto que ejercicio pacífico de las mismas, libre de interferencias o perturbaciones por parte de los ciudadanos) no entendemos el porqué del aumento de sanción para los casos acabados de referir”*.

⁸³ Art. 24.1 CP. 1. *A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.*

⁸⁴ Art. 24.2 CP. 2. *Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.*

u otros medios de agresión de análoga peligrosidad, que puedan poner en peligro grave la integridad física de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tendrán al efecto de su protección penal la consideración de autoridad”⁸⁵.

En relación con el concepto de funcionario público, recordado que su definición a efectos penales se contiene en el art. 24.2, es preciso destacar que el elemento nuclear de dicho concepto es la *participación en el ejercicio de funciones públicas*. Tanta trascendencia ha adquirido el concepto *función pública* que frecuentemente se olvida que no es el único requisito para ser adjetivado, a efectos penales, funcionario público. El problema radica en el hecho de soslayar la primera exigencia introducida por el artículo 24 CP para considerar funcionario público a una persona, esto es, la existencia de un título habilitante. A su necesaria concurrencia se refiere reiteradamente el Tribunal Supremo al afirmar que son dos los elementos necesarios: el título y la función. Esta reiteración no ha impedido, sin embargo, ignorar la concurrencia del mentado *título* mediante la adopción, por razones de justicia, de un *concepto material de nombramiento* que ignora la sumisión al principio de legalidad e invade competencias del legislador⁸⁶.

Ya para concluir este apartado, quisiera destacar la acertada crítica que, atendida la función de los delitos que nos ocupan, realizan diversos autores de la diferenciación en la cuantificación de la pena según el sujeto pasivo de la acción sea una autoridad o un simple funcionario público, agentes de la autoridad incluidos. Este es el caso, entre otros, de DE LA CUESTA AGUADO⁸⁷, de CUERDA ARNAU/OLLOQUIEGUI SUCUNZA⁸⁸ y de los ya citados CARRASCO ANDRINO/ÁLVAREZ GARCÍA, a

⁸⁵ “3. La Guardia Civil”, dice finalmente el art. 7.3, “sólo tendrá consideración de fuerza armada en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que se le encomienden, de acuerdo con el ordenamiento jurídico”.

⁸⁶ Vid. RAMON RIBAS, E., “La derogación jurisprudencial del artículo 24.2 (concepto de funcionario público)”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. 34, 2014.

⁸⁷ Vid. DE LA CUESTA AGUADO, P.M., “Arts. 550 y ss”, *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Ponencias presentadas al Congreso de Profesores de Derecho Penal “Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012”, ÁLVAREZ GARCÍA, FJ (dir.), celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 31 de enero y 1 de febrero de 2013, Valencia, 2013, pág. 965.

⁸⁸ CUERDA ARNAU, M./OLLOQUIEGUI SUCUNZA, I., “Atentado, resistencia y desobediencia”, *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Ponencias presentadas al Congreso de Profesores de Derecho Penal “Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012”, ÁLVAREZ GARCÍA, FJ (dir.), celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 31 de enero y 1 de febrero de 2013, Valencia 2013, pág. 959.

cuyo juicio, “no debe olvidarse que no son precisamente los sujetos a los que nos acabamos de referir (las autoridades) los más expuestos a sufrir ataques, sino justamente los que son denominados meros ‘agentes de la autoridad’ —policías, guardia civiles—, entre otras razones porque estos últimos suelen realizar funciones de protección de aquéllos, por lo que no se comprende por qué a los más expuestos se les otorga menor protección, y al contrario. Desde luego el Legislador ha sido consciente de esta desproporción, y por ello introdujo en la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en su artículo 7.1: ‘En el ejercicio de sus funciones, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tendrán a todos los efectos legales el carácter de agentes de la autoridad’”⁸⁹.

2.3. Subsidiariedad expresa del art. 556.1 CP. El delito de atentado del artículo 550 CP

El art. 556.1, como hemos visto, prevé el castigo de quienes *resistieren o desobedecieren gravemente “sin estar comprendidos en el artículo 550”*. Dicho precepto incorpora, por tanto, una regla de subsidiariedad expresa; en su virtud, el artículo 550 es la norma principal, y el artículo 556 la norma subsidiaria, únicamente aplicable en defecto de aquella.

Si antes nos hemos detenido brevemente en la diferenciación de los comportamientos consistentes en resistir y desobedecer, intentado determinar sus respectivos ámbitos de aplicación, la mirada del intérprete debe, con carácter previo, fijarse, por orden expresa del art. 556.1, en el artículo 550: la resistencia y desobediencia grave propias del artículo 556.1 serán las que no tengan cabida en el artículo 550. El suelo de este será, en efecto, el techo de aquel.

El artículo 550.1, ya transcrito, considera reos de atentado a quienes realicen alguno de estos tres comportamientos: *agredir, acometer o, con intimidación grave o violencia, oponer resistencia a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, cuando se hallen en el ejercicio de las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas*. Tres son, por tanto, las conductas típicas descritas:

- *Agredir*, según el Diccionario de la RAE, significa *cometer agresión*, y esta es definida como *acometer a alguien para matarlo, herirlo o hacerle daño*.

⁸⁹ Vid. CARRASCO ANDRINO, M./ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., “Los sujetos pasivos de la acción en los delitos de atentado, resistencia y desobediencia y el artículo 24 del Código Penal”, ob. cit., pág. 37.

- *Acometer*, siempre según el Diccionario de la RAE, significa embestir con ímpetu y ardimiento.
- *Resistir*, recordemos, consiste en *oponerse con fuerza a algo*.

La fórmula utilizada por el art. 550.1, como puede apreciarse, no resulta especialmente afortunada. Se distingue entre *agredir* y *acometer*, definido el primer verbo por el Diccionario de la Real Academia mediante el recurso al segundo, es decir, como *acometer* a alguien (para matarlo, herirlo o hacerle daño).

“El legislador”, explica GARCÍA RIVAS, “sustituye la anterior expresión de ‘emplear fuerza’ por el término mucho más depurado de ‘agredir’ que dibuja con mayor nitidez la esencia del delito de atentado —a juicio del Consejo Fiscal—, porque evita la confusión que puede crear en el juez o tribunal el empleo de cierta fuerza que por lo común acompaña a la mera resistencia a una detención policial, por ejemplo. En este mismo sentido se sitúa la opinión de Cuerda Arnau/Olloquiegui Sucunza. Ahora bien, la nueva redacción distingue entre agresión y acometimiento, como si se tratara de dos conductas diferentes, cuando lo cierto es que, de acuerdo con el diccionario de la RAE, acometimiento significa ‘embestir con ímpetu y ardimiento’, mientras que define la agresión como ‘acto de acometer a alguien para matarlo, herirlo o hacerle daño’, lo que explica la queja del CGPJ al decir que la redacción del precepto resulta redundante: en efecto, habría bastado con el término ‘agredieren’ para abarcar la totalidad de las conductas que el legislador quiere calificar como atentado”⁹⁰.

Destaca también CUERDA ARNAU la dificultad “a la hora de distinguir entre lo que hoy son dos modalidades de atentado: la agresión y el acometimiento. Doctrina y jurisprudencia coincidían en entender el acometimiento como sinónimo de agresión física, aunque no llegase a materializarse en resultado lesivo alguno, bastando, pues, con un acto de iniciación del ataque o movimiento revelador del propósito agresivo. Agresión y acometimiento eran, pues, términos sinónimos. Siendo tal cosa diáfana, la diferenciación que se introduce sólo puede tener dos explicaciones: hacer explícito que el acometimiento no exige la materialización de la agresión o extender el ámbito del atentado a través del más amplio concepto de agresión. De ser lo primero, ello traería causa de un defectuoso entendimiento del delito de atentado mantenido en tiempos pretéritos por un sector absolutamente minoritario que exigía para la consumación que se produjese la agresión, sin que a tales efectos bastase con el movimiento revelador del propósito de atacar. Lo segundo, es sin embargo, lo más probable y lo que mejor se ajusta al espíritu expansivo de la reforma. Como es sabido, el concepto de acometimiento comportaba de suyo una carga agresiva que, en muchos casos, llevó a excluir del tipo conductas que, sin embargo, eran una agresión (vg. coger de las solapas al agente, darle un ligero empujón, etc). En ese sentido, la introducción de la más amplia modalidad de

⁹⁰ Vid. GARCÍA RIVAS, “Delitos de atentado, resistencia y desobediencia”, *Comentario a la reforma penal de 2015*, dir. Gonzalo Quintero Olivares, ebook, Pamplona 2015.

agresión junto al acometimiento encierra el peligro de propiciar generosas interpretaciones del tipo, a las que, sin embargo, debe cerrar el paso el principio de proporcionalidad y los simples criterios sistemáticos que impiden otorgar el mismo tratamiento a conductas valorativamente distintas. Por consiguiente, lo correcto y deseable es que la jurisprudencia no establezca distinción entre ambas modalidades típicas y otorgue a la agresión el mismo sentido que se ha venido predicando del acometimiento”⁹¹.

Si una autoridad, sus agentes o un funcionario público han dado una determinada orden y la respuesta es desobedecerla y, además, agrediendo, acometiendo u oponiendo resistencia grave, no se aplicará el artículo 556, sino el 550. Son imaginables también, por supuesto, supuestos de agresión o acometimiento sin necesidad de orden o mandato previos; en tales casos, no existiría, en su sentido estricto (conforme al art. 556), una desobediencia.

Dicho con otras palabras, el art. 550 da cabida (aunque no solo) a *desobediencias violentas*, desobediencias en las que la negativa a cumplir el mandato u orden impuesta se acompaña de una agresión, un acometimiento o una resistencia grave. Aquel precepto, por tanto, acoge *desobediencias graves*, como el art. 556; son, incluso, según anuncia su pena, desobediencias más graves que las sancionadas por este último precepto. El criterio decisorio seguido por el legislador no ha sido otro que el recurso a la agresión o acometimiento, o a la violencia o intimidación, de la que son sujetos pasivos las autoridades, sus agentes o, en general, los funcionarios públicos.

Cabe, en resumen, realizar la siguiente clasificación de las desobediencias.

Art. 550.1 CP. *Desobediencias graves violentas*: con agresión, acometimiento o resistencia activa grave. Aunque no siempre que existe agresión o acometimiento se produce, en su sentido técnico, una desobediencia, la resistencia sí es, siempre, una forma de desobediencia. El art. 550.1, en consecuencia, tipifica una modalidad específica de desobediencia grave.

Art. 556.1 CP.

- *Desobediencias graves*⁹² *violentas*: con resistencia activa no grave o con resistencia pasiva grave.
- *Desobediencias graves no violentas* (sin resistencia).

⁹¹ Vid. CUERDA ARNAU, M. L., “La reforma del delito de atentado”, *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, coord. por María Luisa Cuerda Arnau, Juan Antonio García Amado, Documento (Tol 5830628), Valencia 2016.

⁹² Desobediencias que devienen graves por el empleo de resistencia.

Art. 36 LOPSC.

- *Desobediencias violentas no graves*: con resistencia pasiva no grave a los agentes de la autoridad.
- *Desobediencias no violentas no graves* (sin resistencia).

Hecha esta clasificación y antes de ocuparnos del contenido, conforme su tenor, del artículo 556.1, es preciso *redefinir* este por exclusión de las conductas que fueren constitutivas de atentado: los tipos del artículo 556.1, *resistir y desobedecer gravemente*, deben ser realizados sin agredir, acometer o, con intimidación grave o violencia, resistir a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones (o al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad).

Interesa también, para concluir este apartado, realizar algunas consideraciones críticas al delito de atentado:

- El delito de atentado prevé el castigo de acometimientos o agresiones simples y el de desobediencias violentas, con acometimiento o agresión, sí, aunque también con resistencia grave, con violencia o intimidación grave. Se consideran equivalentes, de este modo, conductas evidentemente desiguales. Las desobediencias violentas son, en primer término, desobediencias y, en tanto tales, llevan consigo la lesión del bien por ellas lesionado. Tienen, expresado con otras palabras, un substrato base al cual se añade un componente de violencia. Los atentados huérfanos de desobediencia⁹³ son solo violencias desnudas, sin el ropaje de la desatención a un mandato que sirve al orden público y cuya afección otorga a la desobediencia su característico tipo de injusto. Dichas violencias, por otra parte, ni siquiera están obligadas a ser graves: el acometimiento o agresión espontáneas no graves, desvinculadas de una orden precedente dictada para posibilitar el ejercicio de derechos, son, teóricamente, constitutivas de un delito de atentado. La pena de este no es, por otra parte, nimia: pena de prisión de uno a cuatro años y multa de tres a seis meses si el atentado tiene lugar contra una autoridad y prisión de seis meses a tres años en los demás casos.
- El artículo 138.2 del Código Penal contiene una desafortunada construcción delictiva en su letra b. Dice dicho precepto que el homicidio será castigado con la pena superior en grado (15 años

⁹³ Es preciso excluir de ellas las resistencias graves que penaliza el art. 550, pues, por definición, son, ante todo, desobediencias.

y 1 día a 22 años), sumando, en consecuencia, un mínimo de 5 años y hasta 7 y medio al tipo básico, cuando los hechos sean además constitutivos de un delito de atentado del artículo 550. El desvalor de este, sin embargo, ya está expresado con el castigo por él previsto: su pena, prisión de 1 a 4 y de prisión y multa de 3 a 6 meses, o prisión de 6 meses a 3 años, es, en efecto, la traducción de su contenido de injusto. Vinculado el atentado a un homicidio, su valor se multiplica por un número muy alto: su pena es la de prisión de 5 a 7 años y medio; da igual ahora, por cierto, que quien sufre el atentado, y es el sujeto pasivo del delito de homicidio, sea una autoridad o funcionario⁹⁴.

2.4. Otras desobediencias penales: desobediencias específicas y desobediencia genérica

Las desobediencias penadas por el artículo 556.1 CP, o aquellas cuyo castigo, por concurrir acometimiento, agresión o resistencia grave⁹⁵, ten-

⁹⁴ Muy crítica, también, CUERDA ARNAU, M. L., "La reforma del delito de atentado", *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, coord. por María Luisa Cuerda Arnau, Juan Antonio García Amado, Documento (Tol 5830628), Valencia 2016: el artículo 138.2 letra b) "obliga a imponer la pena superior en grado a la prevista para el tipo básico "cuando los hechos sean además constitutivos de un delito de atentado del artículo 550". El legislador ha decidido incrementar el rigor con la finalidad, según reza el apartado X del Preámbulo, de reforzar la protección de los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad cuando son víctimas de este delito en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas. Sin embargo, ni puede decirse que hasta ahora estuvieran desprotegidos ni, sobre todo, la tutela cualificada se ciñe a ellos, ya que los sujetos del atentado son otros muchos funcionarios. En todo caso, lo que sí debe excluirse es la posibilidad de aplicar esta previsión a los homicidios del personal asimilado en el nuevo art. 554 CP. A ello conduce una interpretación estricta de lo dispuesto en el art. 138. 2 letra b) —que se remite al art. 550— y así lo aconseja también la prudencia. En cualquier caso, el precepto dará problemas y puede ser fuente —como lo fueron históricamente los delitos complejos— de vulneraciones del principio de culpabilidad. No se entiende, pues, la decisión de rehabilitar esas figuras. Recordemos, para terminar, las soluciones que, tras muchas vacilaciones, se dieron a algunos de aquellos problemas: de un lado, la necesidad de predicar el dolo con respecto a ambas infracciones del complejo; de otro, la imposibilidad —por tratarse de un todo indivisible—, de apreciar circunstancias de agravación sólo concurrentes en una de ellas, y, por último, el abandono para casos de varios resultados de la llamada teoría múltiple y homogénea — que estimaba tantas infracciones complejas como delitos secundarios cometidos, criterio notoriamente gravoso para el sujeto activo— y la opción a favor de la teoría múltiple y heterogénea por cuya virtud uno de los resultados forma el complejo y el otro entra en concurso ideal de delitos".

⁹⁵ Con intimidación grave o violencia.

drá lugar a través del artículo 550, no son las únicas desobediencias que conoce el Código Penal. Este, en efecto, tipifica otras cuya aplicación, por constituir ley especial, desplazará la del artículo 550.

Como explica ÁLVAREZ GARCÍA, “el vigente Código Penal está preñado de tipos de desobediencia, unos específicos y otros genéricos. Con ellos se trata de cerrar el sistema de imperativos del Ordenamiento (en lo que importa a su eficacia), ya se refieran éstos a resoluciones de la autoridad administrativa en sentido amplio o de la autoridad judicial”⁹⁶.

“Se construyen las desobediencias (y su contrario, la obediencia) en Derecho Penal como líneas de cierre del sistema, acudiendo por ello en alguna ocasión a lo largo del Código —y más allá de las desobediencias específicas— a la técnica de los tipos de recogida. Esto es habitual con las grandes líneas maestras referidas a los bienes que sirven de ejes en la construcción del sistema; así, en el caso de la libertad se tipifican atentados específicos a la misma (como puede ser el caso de la libertad ambulatoria), pero se termina incluyendo un tipo general de coacciones que, por otra parte, es componente de una multitud de delitos a lo largo del Código: precisamente todos aquellos en los que la intimidación (la presión sobre la voluntad, expresión mínima de la libertad) se encuentra presente”⁹⁷.

“En efecto, por lo que importa a las sentencias condenatorias en materia penal —y este razonamiento puede aplicarse, mutatis mutandi, en otros campos—, no cabe duda de que si el Derecho Penal quiere causar con sus intimidaciones el saludable efecto de amedrentar a los ciudadanos y que estos se abstengan de realizar las conductas prohibidas, no bastará con que se haya realizado una amenaza penal que en términos de tipicidad y pena sea adecuada para alcanzar los queridos efectos de prevención general, que la Policía actúe diligentemente y aprese al responsable de la conducta o que los Jueces hayan aplicado pronta y correctamente la Justicia, sino que también es necesario que en el momento de la ejecución penal se mantenga idéntica seriedad; es decir, que se ejecute la pena en los términos de la sentencia, en definitiva de la Ley, de forma tal que los destinatarios de la norma perciban que “la cosa va en serio”⁹⁸.

Pareciendo adecuada “la creación de tipos de desobediencia en defensa de los intereses antedichos”, “así se ha hecho por el Legislador en el Código Penal español. En efecto, el Código Penal vigente recoge los siguientes tipos de desobediencia: artículos 227 (impago de pensiones), 348.4 c) (desobediencia a órdenes expresas de la Administración en materia de explosivos), 383 (desobediencia a la orden de someterse a pruebas

⁹⁶ Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “Las desobediencias en Derecho Penal”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* núm. 4, marzo-agosto 2013, pág. 212.

⁹⁷ Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “Las desobediencias en Derecho Penal”, ob. cit., pág. 209.

⁹⁸ Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “Las desobediencias en Derecho Penal”, ob. cit., págs. 212-213.

de alcoholemia), 384 (*desobediencia a la resolución de privación del permiso de conducción*), 410 y 411 (*desobediencia de funcionarios a resoluciones administrativas o judiciales*), 463 (*falta de comparecencia a citaciones judiciales*), 468 (*quebrantamiento de condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar*), 479 (*rebelión*), 502 (*falta de comparecencia a comisiones de investigación*)⁹⁹, y “556 (*desobediencia de particulares a las órdenes de la autoridad*)”⁹⁹.

A estas infracciones cabe sumar¹⁰⁰ las desobediencias descritas en los artículos 327 (“*Los hechos a los que se refieren los tres artículos anteriores*¹⁰¹ (...) *serán castigados con la pena superior en grado (...), cuando en la comisión de cualquiera de los hechos descritos en el artículo anterior concurre alguna de las circunstancias siguientes: (...) b) Que se hayan desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el artículo anterior*) y 616 quáter (“*con ocasión de la prevención o persecución de los hechos previstos en el 616 ter*¹⁰², *resistirse o desobedeciere a un buque de guerra o aeronave militar u otro buque o aeronave que lleve signos claros y sea identificable como buque o aeronave al servicio del Estado español y esté autorizado a tal fin*”), o las tipificadas en los artículos 591, 596 y 597¹⁰³, a las que me referiré más detenidamente en otro apartado.

De las referidas, y al margen del tipo genérico de desobediencia grave del artículo 556, la que más sobresale en la práctica es, sin duda, la tipificada en el artículo 383, a la que ya he hecho mención. Este artículo se halla situado en el seno del Capítulo IV (De los delitos contra la Seguridad Vial), comprensivo de los artículos 379 a 385 ter, del Título XVII (Delitos contra la seguridad colectiva) del Libro II (Delitos y sus penas) del Código Penal.

⁹⁹ Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “Las desobediencias en Derecho Penal”, ob. cit., pág. 214.

¹⁰⁰ Con evidente riesgo de omitir otras.

¹⁰¹ Arts. 325, 326 y 326 bis.

¹⁰² Art. 616 ter. *El que con violencia, intimidación o engaño, se apodere, dañe o destruya una aeronave, buque u otro tipo de embarcación o plataforma en el mar, o bien atente contra las personas, cargamento o bienes que se hallaren a bordo de las mismas, será castigado como reo del delito de piratería con la pena de prisión de diez a quince años. En todo caso, la pena prevista en este artículo se impondrá sin perjuicio de las que correspondan por los delitos cometidos.*

¹⁰³ Quizá, también, las conductas previstas en el artículo 294: *Los que, como administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, sometida o que actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa, negaren o impidieren la actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses.*

Art. 383. *El conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores, será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.*

Su emplazamiento sistemático no debe conducir a error sobre su naturaleza. A pesar de que el legislador mezcla infracciones genuinamente constitutivas de delitos contra la seguridad vial, de atentados contra esta, con un delito de desobediencia, aunque lo sea por negarse a someterse a determinadas pruebas dirigidas a comprobar la comisión de aquellos, debe quedar claro que este último es, sobre todo, y quizá únicamente, un delito de desobediencia (perdón por la perogrullada) y no un delito contra la seguridad vial.

Alterando el orden de las cosas, mezclando infracciones de índole diversa, se corre el peligro de confundir sobre su esencia, sobre la función que les es propia. La ubicación de una infracción en una determinada sede legal, en este caso en el referido Capítulo IV del igualmente referido Título XVII del Libro II del CP, es, sin duda, un indicio de su condición jurídica, pero no es un dato decisivo, el elemento determinante. O, dicho de otro modo, aquel indicio, casi una presunción, admite prueba en sentido contrario; cuando la concreta norma es interrogada por el intérprete del derecho y este advierte que su verdadero fundamento y su auténtica función son distintos de los de sus compañeros de *domicilio legal*, son estos los que decidirán su ámbito de aplicación, los supuestos, con toda su riqueza de matices, sometidos a su mandato.

Y el delito previsto y penado en el artículo 383, obligado es reiterarlo, es, principalmente, y quizá tan solo, un delito de desobediencia, un delito contra el orden público, entendido este, sin embargo, como orden establecido al servicio del ejercicio de derechos.

Especial mención merece también el delito de desobediencia de funcionarios previsto y penado en el artículo 410, dando principio al Capítulo III (*De la desobediencia y denegación de auxilio*) del Título XIX (*Delitos contra la Administración Pública*) del Libro II (*Delitos y sus penas*) del Código Penal.

Art. 410. 1. *Las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en la pena*

de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

2. *No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirán en responsabilidad criminal las autoridades o funcionarios por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general.*

Es este un delito especial, cuya autoría está reservada a autoridades y funcionarios públicos. Muy interesante resulta la última previsión: exclusión de la responsabilidad penal si el mandato recibido *constituye una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general.*

A sensu contrario: si no constituye una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley o de cualquier otra disposición general, la autoridad o funcionario deberán, en principio, obedecer, pues en otro caso no quedarán exentos de responsabilidad penal; no es suficiente, dicho con otras palabras, que el mandato incurra en infracción de ley o de cualquier otra disposición general.

¿Puede un particular que recibe una orden de un agente de la autoridad desobedecerla si constituye una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley o de cualquier otra disposición general? ¿Y si la infracción no es manifiesta? ¿Cabrán considerarse igualmente que ha realizado el tipo descrito en el artículo 556? ¿Se excluirá la consideración como grave de la desobediencia?

También el art. 95.2 letra i) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, tipifica, como infracción muy grave, “*la desobediencia abierta a las órdenes o instrucciones de un superior, salvo que constituyan infracción manifiesta del Ordenamiento jurídico*”.

Mientras el Código Penal exige, para que proceda la exclusión de responsabilidad, que el mandato constituya una infracción *manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general*, el Estatuto Básico del empleado público se expresa con menor contundencia: exige, *tan solo*, que la orden constituya infracción manifiesta del ordenamiento. Ahora bien, las diferencias quizá solo sean aparentes: manifiesta significa, según el Diccionario de la RAE, patente, clara; terminante, por su parte, categórica, concluyente, categórica, concluyente, “*que hace imposible cualquier insistencia o discusión sobre la cosa de que se trata*”. Desde esta perspectiva, quizá sea superior la exigencia que incorpora el Código Penal. Dicho ello, es preciso tener en cuenta que el ordenamiento jurídico es único, esto es, que el Derecho Penal, que es el que nos ocupa, es permeable, por lo que la referida previsión del artículo 95 del TREBEP seguramente amplía el ámbito de aplicación de la exclusión prevista por el art. 419 CP.

A juicio de ÁLVAREZ GARCÍA/CARRASCO ANDRINO, una importante diferencia, “*más allá de lo obvio*”, que hay que destacar entre los delitos de desobediencia de funcionarios y de particulares es la siguiente: “*en el caso de la desobediencia funcional, con el examen de juridicidad de las órdenes se trata de evitar posteriores actuaciones de la misma Administración Pública (que pueden llegar a consistir en la emisión de nuevos actos administrativos o en otras formas de expresión de la acción administrativa) que, de manera general, puedan considerarse ‘abusivas’ en cuanto que, de una u otra forma, prescindan de la Ley (el que la Administración sea esa ‘potentior persona’ a la que se refiere la doctrina la somete a especiales requisitos de sujeción a la legalidad), en el de la desobediencia de particulares, sin embargo, estamos al final de la cadena, es decir ante el sometimiento directo de los ciudadanos a la Administración, ante la sujeción a mandatos. Esta diferencia entre ‘las desobediencias’ debe suponer también un desplazamiento del punto de atención: de poner el foco en la observancia de la estricta legalidad en el ejercicio de potestades administrativas (en definitiva, un problema de legitimidad vinculado a una creación artificial —ex lege— de poderes), a dirigirlo a la limitación de la libertad ciudadana originaria que no ha sido creada por la norma, sino únicamente limitada excepcionalmente por ella (por ello, y para los ciudadanos y al contrario de lo que sucede con la Administración, todo está permitido excepto lo que expresamente se encuentra prohibido).*”

Esta idea, que posee un profundo significado constitucional, obliga (y con independencia de que haya o no una referencia expresa en el tipo) a concluir que no surge el deber de obediencia (atipicidad, pues, de la posible conducta desobediente) si el mandato no es un destilado de juridicidad, y a otra conclusión no puede llegarse en un Estado constitucional.

Por lo tanto, la referencia no debe ser hecha, como algunos autores patrocinan de contrario, a una formulación parecida a la del párrafo segundo del artículo 410 CP1995: ‘*infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general*’, sino, simplemente, a una ‘*mera*’ infracción de cualquier disposición general, y ello por una potísima razón: la falta de expresión de la voluntad general en una disposición no autoriza la limitación de la libertad de los ciudadanos”¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./CARRASCO ANDRINO, M. M, “Desobediencias y obediencias en el código penal español: validez y exigencia”, *Cuadernos de política criminal*, núm. 124, 2018, págs. 61 y 62.

2.5. El tenor del artículo 556.1 CP: contenido literal. Respuesta común a toda orden, con independencia de su origen

La descripción de las conductas definidas como delito por el artículo 556 del CP no puede ser más sucinta: *'resistir' y 'desobedecer gravemente'*. Acto seguido dice dicho precepto a quién debe resistirse o desobedecer gravemente el sujeto activo del delito:

- A la autoridad o a sus agentes, en el ejercicio de sus funciones.
- Al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

¿Qué significa *"desobedecer"*? Según el Diccionario de la RAE, recordemos, *no hacer lo que ordenan las leyes o quienes tienen autoridad* (no en abstracto, cabe añadir, sino para ordenar, sea en nombre propio o, ahora sí, de la autoridad).

Interesa destacar, en primer lugar, como hace QUINTERO OLIVARES, que la jurisprudencia exige que exista una orden o mandato directo, expreso y terminante dictado por la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones. *"Surge aquí"*, explica dicho autor, *"de nuevo un problema tradicional en la legislación penal española: el carácter de respuesta común que tiene el delito de desobediencia frente a mandatos de muy diferente origen. Tanto da que se trate de una orden dictada por un Tribunal de Justicia, por un Alcalde, por un Delegado del Gobierno o, simplemente, por agente de la autoridad que orden a un grupo de personas que se alejen o disuelvan"*¹⁰⁵.

*"Que los jueces y tribunales puedan verse en la tesitura de recurrir a esta tipicidad para hacer que sus mandatos se cumplan (recuérdese que el delito de desobediencia del artículo 410 CP solo pueden cometerlo los funcionarios públicos) es la prueba evidente de que existe una laguna legal que nunca se ha cubierto adecuadamente, lo cual da lugar a que se ofrezca la misma respuesta penal a conductas que pueden no ser distintas en cuanto al comportamiento del que desobedece, pero son diferentes en función de la clase de orden que desobedecen"*¹⁰⁶.

ÁLVAREZ GARCÍA, a quien nos hemos referido con merecida extensión en el apartado anterior, se pregunta si *"¿era razonable, y resultaba preciso, crear tantos tipos relativos a conductas desobedientes? Esta pregunta"*, dice, *"tiene una primera respuesta: así, desde luego, no; y ello porque haciendo un estudio comparativo de todas esas figuras en lo que se refiere a las penas resultará que ante idénticos supuestos la sanción puede llegar a ser muy diferente, lo que no tiene sentido. Pero, además, y desde el punto de vista de la mera incrimi-*

¹⁰⁵ Vid. QUINTERO OLIVARES, G., "Comentario al artículo 556 CP", ebook, ob. cit.

¹⁰⁶ Vid. QUINTERO OLIVARES, G., "Comentario al artículo 556 CP", ebook, ob. cit.

nación, carece de sentido diferenciar entre desobediencia a sentencias civiles y desobediencia a sentencias penales, o entre sentencias y otras resoluciones judiciales, pues en todos los casos el bien jurídico lesionado es idéntico. E igual criterio, *mutatis mutandi*, hay que aplicar en el caso de las resoluciones administrativas.

Por ello la conclusión es que hay que construir tipos generales de desobediencia en protección de autónomos intereses de la Administración Judicial o Pública, huyendo de esa multitud de tipos que se han venido incorporando, al Código Penal, y que lo único que han logrado, hasta el momento, es crear confusión y originar dislates valorativos y absurdos sistemáticos. Sólo excepcionalmente la desobediencia a las resoluciones de la autoridad, deberían poder salir del ámbito acabado de mencionar, y en esos casos deberían hacerlo o como un elemento más del tipo de que se trate o como tipo agravado, aunque en este último caso con una relevancia penal que debería ser mucho más ajustada de lo que es ahora en los casos en los que se utiliza¹⁰⁷.

Aunque jurisprudencia y doctrina sostienen que la desobediencia debe serlo a órdenes o mandatos concretos y no a leyes o a disposiciones generales¹⁰⁸, o, dicho de otro modo, que las leyes se incumplen pero no se desobedecen, el tenor del artículo 556.1 no es desbordado si se admite que también las leyes o disposiciones generales pueden ser desobedecidas.

Destaca JUANATEY DORADO que aquella posición jurisprudencial y doctrinal es unánime: *“de acuerdo con el criterio unánime de la doctrina y de la jurisprudencia españolas, las órdenes han de ser particulares y concretas, es decir, debe tratarse de mandatos dirigidos a personas determinadas y que obliguen a (o prohíban) hacer acciones concretas y no clases de acciones. En consecuencia, la desobediencia a disposiciones de carácter general y/o abstracto queda fuera del ámbito de aplicación del precepto en estudio”*¹⁰⁹.

“Personalmente”, dice aquella autora, *“estoy plenamente de acuerdo con las razones que expresan Cerezo y Córdoba, entre otros, para justificar esta interpretación. Así, Cerezo aduce que, de no entenderlo así, este delito constituiría un crimen desobedientiae generalis, que comprendería no sólo el delito de resistencia y el de atentado, sino todas las figuras delictivas (170). Córdoba, por su parte, refiriéndose a la regulación anterior —ahora modificada—, indicaba ya que a pesar de que el artículo 237 del Código penal de 1973 no exigía el carácter particular de la orden, a diferencia de lo que ocurría en el artículo 570 n.º 1.º de dicho Código (que castigaba a quien desobedeciere levemente a la autoridad, dejando de cumplir las ‘órdenes particulares’ que le dictare), sin embargo, en su opinión, tal requisito debía entenderse implícitamente recogido en aquel precepto, por las siguientes razones. La primera era que ‘lo*

¹⁰⁷ Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “Las desobediencias en Derecho Penal”, ob. cit., págs. 214-215.

¹⁰⁸ Reglamentos o normas de jerarquía inferior a las leyes.

¹⁰⁹ Vid. JUANATEY DORADO, *El delito de desobediencia a la autoridad*, Valencia 2011, ebook, Tirant online, Documento (Tol 62305).

contrario supondría elevar a la categoría de delito la inobservancia de toda disposición dictada por la autoridad, con lo que el artículo 237 —actual 556— adquiriría un alcance desmesurado' (171). La segunda era que 'si el carácter particular de la orden es exigido para la falta de desobediencia del número 5 (posteriormente número 1.º), resultaría incongruente el que se prescindiera de un tal requisito para el delito (172). Este último argumento de Córdoba podía apoyarse también, analógicamente, en el artículo 570 n.º 2.º del Código penal anterior que, al castigar la desobediencia leve a los agentes de la autoridad, exigía expresamente que estos actuasen en el ejercicio de sus funciones, mientras que el número primero de ese mismo precepto no establecía tal exigencia expresa para la incriminación de la desobediencia leve a la autoridad. A pesar de ello, se entendía que tal requisito se encontraba implícito en este último precepto, pues la interpretación contraria resultaría no sólo incongruente, sino también inconstitucional. El nuevo Código penal, en la regulación de las faltas de desobediencia, suprime toda referencia al carácter 'particular' de las órdenes de la autoridad o de sus agentes. A pesar de ello, a mi juicio, tal requisito debe entenderse igualmente reconocido de manera implícita tanto en el artículo 556 como en el 634. La interpretación contraria supondría, como indicaban Cerezo y Córdoba, convertir la desobediencia a la autoridad o a sus agentes en un 'crimen desobediencia generalis' de alcance absolutamente desproporcionado"¹¹⁰.

De acuerdo con la referida autora, citándola, se expresa LORENTE VELASCO¹¹¹: "Como muy bien apunta JUANATEY y siguiendo a la doctrina mayoritaria, las órdenes han de ser particulares y concretas, es decir, deben tratarse de mandatos dirigidos a personas determinadas y que obliguen a llevar a cabo acciones concretas y no clases de acciones. Por lo tanto, las disposiciones de carácter general y/o abstracto quedan fuera del ámbito de aplicación del delito que estudiamos. En consecuencia, la disposición contenida en una ordenanza municipal —por ejemplo— no podría dar lugar a la estimación del delito de desobediencia en tanto que no es un mandato concreto y personalmente dirigido a un sujeto sino una orden abstracta, pues de no ser así estaríamos elevando la categoría de este delito a todo incumplimiento de una norma"¹¹².

Comparte esta opinión ÁLVAREZ GARCÍA, según el cual, "lo 'expreso' de la orden debe ser entendido tal y como la Jurisprudencia y la doctrina referida al viejo 238 CP1973, ya citado, lo hacían: como orden dirigida y comunicada explícitamente a la persona a quien le cupiera la competencia para su cumplimiento, por lo tanto, una disposición abstracta no hacía surgir el

¹¹⁰ Vid. JUANATEY DORADO, *El delito de desobediencia a la autoridad*, Tirant lo blanch, Valencia 2011, ebook, Documento (Tol 62305).

¹¹¹ Vid. LORENTE VELASCO, S. Mª., *Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia*, Madrid 2011, pág. 239.

¹¹² En esta ocasión cita aquella autora a CÓRDOBA RODA, J., "Comentario al art. 550 CP", *Comentarios al Código Penal*. Tomo II. Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 2534.

tipo delictivo”¹¹³. Insiste este autor en su conclusión al afirmar lo siguiente: “En cuanto al artículo 556 CP, y una vez que el quebrantamiento de condena se encuentra circunscrito al orden jurisdiccional penal, deberá recoger todos aquellos supuestos en los que el sujeto desobedece la orden de la autoridad. Ciertamente que para evitar una des-mesura en el ámbito de aplicación del tipo, ya hace años que CÓRDOBA RODA y CEREZOMIR advirtieron de la necesidad de entender que las órdenes debían ser particulares, pues de no interpretarlo en este sentido nos encontraríamos ante lo que CEREZOMIR definió como ‘un crimen desobedientiae generalis, que comprendería, no sólo el delito de resistencia y el de atentado, sino todas las figuras delicti-vas’”¹¹⁴.

De forma categórica, rechazando que la desobediencia lo sea directamente a una norma general, se expresa también VARGAS CABRERA: “Sabido es que conforme a la doctrina jurisprudencial del TS que se cita seguidamente la desobediencia lo es a un concreto mandato, no a una orden dirigida a la colectividad que alcanza rango normativo y por eso el delito se cometerá solo cuando la Autoridad se dirige en el ejercicio de sus funciones a un ciudadano individualizado o a un conjunto diferenciado de personas. En relación con el art. 7 RDEA, la Autoridad es el Gobierno y la Autoridad Delegada el ministro del Interior que según el art. 4.3 puede dictar ‘órdenes, resoluciones, disposiciones e instrucciones interpretativas’. Por ello el mero incumplimiento del art. 7 dictado como los demás por el Gobierno y posteriormente con autorización parlamentaria no puede en ningún caso constituir desobediencia del art. 556 CP (LA LEY 3996/1995), pues conforme a la STC 83/2016, de 28 de abril, esta actuación es de naturaleza constitucional y por ello no constituye acto administrativo susceptibles de recurso ante el TS sino acto con fuerza o valor de ley, sólo impugnables ante el TC. Por su parte las instrucciones, ordenes o resoluciones del Ministro tienen asimismo naturaleza normativa de rango inferior y por idénticos motivos no pueden generar al incumplirse el delito examinado. En otros ámbitos del Decreto como en el art. 8 sí que caben órdenes individualizadas de la Autoridad cuyo incumplimiento de lugar a la comisión de la infracción penal del art. 556. Por ejemplo, cuando se acuerda por la Autoridad competente la requisita de bienes de una empresa y sus propietarios o empleados obstaculizan o se niegan a su cumplimiento”¹¹⁵.

“En definitiva la orden del agente actualiza la norma abstracta y la aplica al caso concreto y en ese momento despliega su eficacia sobre el ciudadano que la

¹¹³ Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, “Sobre quebrantamiento de condena, impago de pensiones, falta de comparecencia a comisiones de investigación y citaciones judiciales”, *Revista de derecho penal y criminología*, núm. 19, 2007, pág. 23, nota 27. Cita este autor, de acuerdo con esta idea, a FERRER SAMA, QUINTANO RIPOLLÉS, RODRÍGUEZ DEVESEA y CÓRDOBA RODA.

¹¹⁴ Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, “Sobre quebrantamiento de condena, impago de pensiones, falta de comparecencia a comisiones de investigación y citaciones judiciales”, *ob. cit.*, pág. 36. Cita este autor, como hacía JUANATEY DORADO, a CEREZO MIR y, de nuevo, a CÓRDOBA RODA.

¹¹⁵ Vid. VARGAS CABRERA, B., “El Decreto de Alarma, la llamada legislación de desescalada y el derecho penal”, *Diario La Ley*, N° 9642, Sección Tribuna, 28 de mayo de 2020, Wolters Kluwer.

recibe. A diferencia del fundamento jurídico de otras órdenes o mandatos, éstas lo encuentran expresamente en el RDEA y de alguna manera justifican la aplicación del art. 556 cuando se desobedecen, conectando el tipo con el bien jurídico salud pública que aquél tutela como razonamos. Desde el momento en que se formulan de este modo, los incumplimientos del art. 7 DFEA son subsumibles en el delito examinado siempre que revistan la gravedad de injusto que requiere la fórmula típica para diferenciarlos de la infracción administrativa”¹¹⁶.

Si, interpretado el tipo penal, se concluye que la desobediencia a las leyes no tiene cabida en el art. 556.1, será consecuencia, por tanto, de una concreta interpretación del tipo que le otorga un ámbito de aplicación (lo cual es absolutamente común) inferior al que consiente su tenor. Razones sistemáticas, pues ese precepto no está solo en el ordenamiento penal, y la necesaria atención al bien jurídico, pueden aconsejar, en efecto, una interpretación que no apure todo su contenido literal. Agotar este, de hecho, como decía, no es, desde luego, la regla general. Un ejemplo muy manifiesto lo ofrece el delito de falsificación de documentos. Quien confecciona un título académico de graduado en derecho o en medicina realiza una conducta, sin duda, adecuada al tenor de aquel delito, pero únicamente si es ejecutada con la finalidad de que se incorpore al tráfico jurídico (aunque no llegue a incorporarse) se estima, doctrinal y jurisprudencialmente, típica; de otro modo, no lesiona el bien jurídico protegido por el delito de falsificación de documentos. De este modo, la persona que crea un título académico con la exclusiva finalidad de presumir tener determinados estudios realiza un comportamiento penalmente atípico a pesar de coincidir literalmente con lo prohibido por la ley penal.

También actúa extramuros del Derecho Penal quien toma un abrigo o un collar de perlas ajeno (perteneciente, por ejemplo, a un pariente o amigo) sin su consentimiento (o, incluso, contra su voluntad expresa) con el propósito de usarlo o exhibirlo una vez o durante un breve período de tiempo (por ejemplo, con ocasión de un viaje de negocios). Está absolutamente consolidada la idea, en efecto, de que el ánimo de lucro que exige el delito de hurto significa actuar con la intención de tomar la cosa en concepto de dueño, de hacerla propia. Y ello a pesar de que, según el Diccionario de la RAE, el ánimo de lucro significa ánimo de *ganancia o provecho que se saca de algo*, no necesariamente de apropiarse de ella.

Literalmente, en definitiva, sí es admisible considerar que las leyes o disposiciones de carácter general pueden ser desobedecidas. Esta afirmación no implica, sin embargo, que alcanzar tal conclusión sea, desde la perspectiva del artículo 556, razonable.

¹¹⁶ *Ibidem.*

2.6. Desobediencia “a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones”

Desobedecer no es la conducta que tipifica el art. 556.1. Este precepto, en efecto, exige que la desobediencia sea *grave* y, además, que lo sea *a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones*¹¹⁷.

Desde esta perspectiva quizá resulte más sencillo excluir la desobediencia a las leyes o a disposiciones generales del ámbito de aplicación del tipo. ¿Quién dicta las leyes? Las Cortes Generales, las Asambleas Legislativas autonómicas e incluso, en forma de decretos legislativos o de decretos leyes, el Gobierno del Estado o los Gobiernos autonómicos. ¿Son autoridades a efectos del artículo 556?

Según el art. 24 del CP, “*a los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal*”.

Si los diputados y senadores tienen la condición de autoridad, difícilmente podrá negarse esta condición también al órgano constitucional del cual forman parte: es su pertenencia a él lo que les otorga la consideración de autoridad, que debe atribuirse también a cada una de las cámaras, a ambas en su conjunto y, claro está, a los parlamentos autonómicos.

La condición de autoridad la posee también, evidentemente, el Gobierno, que tiene, sin duda, mando propio. La posee, desde luego, en el ámbito administrativo, y se la reconoce de forma expresa el RD 463/2020 cuando establece en su art. 4.1 que, “*a los efectos del estado de alarma, la autoridad competente será el Gobierno*”. “*Para el ejercicio de las funciones a que se hace referencia en este real decreto*”, sigue diciendo el art. 4.2, “*bajo la superior dirección del Presidente del Gobierno, serán autoridades competentes delegadas, en sus respectivas áreas de responsabilidad: a) La Ministra de Defensa; b) El Ministro del Interior; c) El Ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana; d) El Ministro de Sanidad*”¹¹⁸.

¹¹⁷ O al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

¹¹⁸ “*Asimismo, en las áreas de responsabilidad que no recaigan en la competencia de alguno de los Ministros indicados en los párrafos a), b) o c), será autoridad competente delegada el Ministro de Sanidad.*”

La condición *penal* de autoridad no deriva, en cualquier caso, de lo dispuesto por el art. 4 del RD 463/2020, sino de la subsunción del Gobierno en el art. 24.1 del CP.

Tampoco desde esta perspectiva, por tanto, se falta a la letra de la ley si se afirma que desobedece a la autoridad quien no hace lo que ordenan las leyes o disposiciones generales por ella dictadas.

Una vez más es obligado destacar, sin embargo, que esta afirmación es perfectamente compatible con excluir esta suerte de desobediencia del ámbito de aplicación típico del delito de desobediencia penado por el artículo 556.1 del Código Penal.

2.7. ¿Desobediencia a mandatos generales?

Los agentes de la autoridad no dictan disposiciones de carácter general, no dictan normas; el único modo de desobedecerles es no haciendo lo que nos ordenan en un momento dado; por ejemplo, retirar el vehículo que hemos dejado en medio de la calzada después de una maniobra imprudente o retirarse de una vía pública para posibilitar el paso por ella de una comitiva y otros usuarios de la vía¹¹⁹. Será preciso, por supuesto, calificar como grave dicha desobediencia para considerarla constitutiva de delito.

3. "Los Ministros designados como autoridades competentes delegadas en este real decreto quedan habilitados para dictar las órdenes, resoluciones, disposiciones e instrucciones interpretativas que, en la esfera específica de su actuación, sean necesarios para garantizar la prestación de todos los servicios, ordinarios o extraordinarios, en orden a la protección de personas, bienes y lugares, mediante la adopción de cualquiera de las medidas previstas en el artículo once de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio.

Los actos, disposiciones y medidas a que se refiere el párrafo anterior podrán adoptarse de oficio o a solicitud motivada de las autoridades autonómicas y locales competentes, de acuerdo con la legislación aplicable en cada caso y deberán prestar atención a las personas vulnerables. Para ello, no será precisa la tramitación de procedimiento administrativo alguno.

4. Durante la vigencia del estado de alarma queda activado el Comité de Situación previsto en la disposición adicional primera de la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, como órgano de apoyo al Gobierno en su condición de autoridad competente" (art. 4 RD 463/2020).

¹¹⁹ La Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección 1ª) estimó, confirmando la resolución de instancia, en su Sentencia núm. 84/2016, de 9 de junio (Tirant online, Documento (Tol 5789556), constitutivos de un delito de desobediencia grave los siguientes hechos: "Los acusados Teodoro, Azucena, y Juan Pablo (todos ellos mayores de edad, sin antecedentes penales y en libertad de la que estuvieron privados por esta causa los días 28 y 29 de mayo de 2012) cometieron los siguientes hechos: El día 28 de mayo de 2012, el presidente del Gobierno Balear, Ilmo. Balbino, iba a acudir a la finca Son Termes en el marco de un acto de su programación política, por lo que se montó un

Las autoridades, o, más exactamente, algunas autoridades, sí dictan disposiciones de carácter general. A ellas es posible desobedecerlas, por tanto, de otro modo: desobedeciendo dichas normas. De hecho, su único contacto con los ciudadanos quizá sea expresándose con mandatos generales, por lo que no hacer lo ordenado por estos es la única forma de desobedecerlas.

Desobedecer a un Juez o Tribunal es posible frente a un mandato singular. Desobedecer al Gobierno del Estado o al Gobierno de una Comunidad Autónoma solo será viable, al menos ordinariamente, desoyendo

dispositivo de seguridad ante los muchos incidentes ocurridos semanas anteriores en sus visitas, dispositivo consistente en un convoy J220 de la Guardia Civil integrado por cinco vehículos todo terreno y una furgoneta. Sobre las 19,30 horas del citado día el convoy se dirigía a la finca Son Termes y, al pasar por Bunyola, se topó con una concentración numerosa de personas que protestaban por las medidas adoptadas por el Gobierno Balear y, al verlos llegar, en la plaza de la Iglesia de la citada localidad, impidieron continuar el paso a la comitiva y demás usuarios de la vía, insultando a los agentes de la autoridad que ejercían sus funciones vistiendo de uniforme, por lo que el Sargento de la Guardia Civil TIP NUM000 ordenó que el convoy avanzara a paso de peatón, bajándose un agente por vehículo —para evitar peligro para las personas que rodeaban los vehículos—, llegando así a las proximidades de la estación de tren y, una vez allí, un grupo de unas 40-60 personas cortaron de nuevo la vía. Los agentes de la autoridad solicitaron hasta en cinco o seis ocasiones a los acusados que se retirasen de la vía y no la cortasen, obteniendo como respuesta burla e insultos, informándoles de las consecuencias de su negativa y, cuando trataron de despejar la vía, los acusados incitaban a las personas allí congregadas para que no la abandonasen, oponiéndose a ser retirados de la vía, llegando incluso el acusado Juan Pablo a morder en el antebrazo al Guardia Civil Cabo 1º con TIP NUM001 cuando lo introducía en el vehículo para su traslado, quien a consecuencia de ello sufrió herida (que precisó para su sanidad de una única asistencia tardando cuatro días no impositivos en curar) por la que no reclama. Todos los acusados llevaron la iniciativa de la protesta, participaron de forma notoria y activa desde que el convoy fue retenido en la Plaza de la Iglesia, posterior acompañamiento —durante unos 400 metros— hasta llegar a la estación de tren, donde llevaron a cabo sentada y corte de la vía pública, jaleando a las personas allí congregadas y negándose a desocupar la vía pública, so pretexto de su derecho a protestar, pese a los múltiples requerimientos de los agentes de la autoridad y, en especial, del teniente de la Guardia Civil con TIP NUM002, a los que insultaban diciéndoles fascistas, hijos de puta...”.

Explica esta sentencia en su Fundamento de Derecho Segundo que, “acreditada la orden emanada de la autoridad para restaurar la normalidad del tráfico dirigida a los cuatro acusados, primero por el sargento jefe del grupo, y, después, por el teniente quienes requirieron en varias ocasiones para que se retiraran de forma voluntaria y les advirtieron de la posible comisión de un delito de desobediencia grave, la reacción fue la demostración renuente al cumplimiento de las órdenes de los agentes de la Guardia Civil, primero con una actitud indiferente al cumplimiento, segundo negándose a abandonar la calzada cuando fueron conducidos por el brazo y por último en algunos casos con resistencia activa”.

mandatos generales. El Gobierno de una provincia o isla o el Gobierno de un municipio quizá pueda ser desobedecido más en aquel primer sentido: su mayor proximidad a los ciudadanos facilitará que sus resoluciones tengan más frecuentemente carácter individual.

El Gobierno del Estado aprueba un Real Decreto por el que declara el Estado de Alarma en virtud de la atribución competencial realizada por la propia Constitución (art. 116.2); dicho acuerdo, motivado, como exige el art. cuarto de la LO 4/1981, de los estados de alarma, excepción y sitio, *por una alteración grave de la normalidad*, concretamente la epidemia mundial más severa en más de cien años, incluye una limitación de la libertad de circulación de las personas que se impone con carácter inmediato. El Real Decreto, de hecho, entra en vigor en el momento de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, pocas horas de su aprobación. ¿Puede el Gobierno, autoridad competente a los efectos del estado de alarma, ser desobedecido? ¿O solo pueden serlo los agentes que recuerdan a una determinada persona que aquella disposición general ha entrado en vigor?

El art. 556, como hemos visto, no exige que la desobediencia lo sea a actos o resoluciones administrativas de carácter singular; el tenor de la ley admite igualmente que sean desobedecidas disposiciones de carácter general, normas.

Ello significa que, teóricamente, es posible desobedecer en sentido penal, por ejemplo, un decreto del Gobierno. Lo es, por supuesto, el Real Decreto 463/2020. El art. 116.2 dispone, recordemos, que el estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros. Según el art. 24 de la Ley 50/1997, del Gobierno, las decisiones de este que aprueben normas reglamentarias de su competencia adoptarán la forma de Real Decreto.

La particularidad de este Real Decreto es, según la Sentencia del Tribunal Constitucional 83/2016, de 28 de abril, que el Decreto que declara el Estado de Alarma tiene valor y rango de ley. En suma, el RD 463/2020 es, formalmente, un Decreto, pero materialmente tiene valor de ley a pesar de no ser ninguna de las dos grandes expresiones de normas emanadas del Gobierno que tienen expresamente atribuido dicho valor por la Constitución, es decir, decretos leyes y decretos legislativos.

No es posible ignorar, sin embargo, como ya he comentado, que jurisprudencia y doctrina exigen que la desobediencia típica lo sea a una orden singular o, dicho de otro modo, reclaman que exista un requerimiento personal expreso por parte de la autoridad o de sus agentes y que

este, y no la norma general que fundamenta el mandato particular, sea desatendido.

Desobedecer en el sentido atribuido a dicha conducta por el artículo 556 CP no consiste, por tanto, según opinión absolutamente consolidada, en incumplir una norma cuyo destinatario es un universo de personas, sino en desoír una orden individual.

No se desobedecen, desde la perspectiva del art. 556.1, según constante comprensión de este, las normas; se desobedece a determinadas personas que representan a la autoridad, que actualizan o ponen en acto el mandato abstracto inherente a una norma general; son el vehículo singular de expresión de esta en un supuesto concreto.

Muy recientemente ha recordado el Tribunal Supremo, en concreto en su Sentencia 459/2019, de 14 de octubre, que en el delito de desobediencia que se imputa a un particular *el carácter personal del requerimiento adquiere una relevancia singular. “Solo así se evita el sinsentido de que un ciudadano sea condenado penalmente por el simple hecho de desatender el mandato abstracto ínsito en una norma imperativa. De ahí que el juicio de subsunción exija que se constate el desprecio a una orden personalmente notificada, con el consiguiente apercibimiento legal que advierta de las consecuencias del incumplimiento”*¹²⁰.

En una también muy reciente publicación, ROCA DE AGAPITO afirma, en titulares, que *“Las normas no se desobedecen, se infringen”*. Más alto es posible decirlo; más claro, no. Dice acto seguido dicho autor, coincidiendo, y resumiéndolo, con el parecer ya comentado, absolutamente generalizado: *“Pues bien, en mi opinión, las normas no se desobedecen, sino que se infringen. La desobediencia implica algo más que infringir una norma; supone que no se cumple una orden específica que trata de hacer valer una norma en un caso concreto”*¹²¹.

Explica así su razonamiento, muy sugerente, dicho autor: *“Dejando al margen infracciones muy graves de esa limitación, que impliquen a su vez una lesión o puesta en peligro de la salud de otras personas, como pueda ser una conducta de propagación o de contagio malicioso de la enfermedad del SARS-COV-2 y que podría ser constitutiva de un delito de lesiones¹²² o de una infracción administrativa contra la salud pública¹²³, la vulneración de aquella limitación de libertad de circulación habrá que*

¹²⁰ Vid. STS 459/2019, de 14 de octubre, Tirant online, (Tol 7515425).

¹²¹ Vid. ROCA DE AGAPITO, “Las normas no se desobedecen, se incumplen”, ob. cit.

¹²² Cita ROCA DE AGAPITO, al respecto, los artículos 147, 149 y 157 del Código Penal.

¹²³ Cita ahora ROCA DE AGAPITO el art. 57.2 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

entenderla como una desobediencia prevista y sancionada en la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. Concretamente en el art. 36.6 se prevé como infracción grave: 'La desobediencia o la resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones, cuando no sean constitutivas de delito...'; sancionada en el art. 39.2 con una multa de 601 a 10.400€".

"La duda que me asalta", sigue diciendo, "es si quien simplemente sale a dar un paseo a la calle, sin más, como pudiera ser el paseo de Rajoy, puede ser sancionado o no con esos 601 € de multa, al menos. La respuesta afirmativa creo que no es tan evidente, como se podría desprender del hecho de las decenas de miles de denuncias que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado han interpuesto todos estos días por supuestas infracciones de la citada normativa. Para empezar, hay que distinguir entre desobedecer y resistirse a la autoridad o sus agentes. La resistencia, como conducta constitutiva de infracción administrativa grave contra la seguridad ciudadana, implica una oposición a la actuación de la autoridad o sus agentes para hacer que se cumpla la limitación de circulación aludida. Ese sería el caso, por ejemplo, de quien después de haber sido descubierto por la Policía paseando por la calle, al obligarle a volver a su casa, se opone a ello y hace frente a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Pero la desobediencia a la autoridad o sus agentes, como otra conducta sancionada en la Ley de Seguridad Ciudadana, no precisa de un impedimento físico a la actuación de dichas personas, sino que se contenta simplemente con la falta de la colaboración requerida. En la desobediencia lo importante no es lo que se hace (salir a dar un paseo, ir a la playa, ir al pueblo, montar una verbena, abrir un bar...), sino lo que no se hace: cumplir una orden. Por tanto, la desobediencia precisa de una orden concreta y determinada a realizar o abstenerse de realizar algo (quedarse en casa o no salir a la calle). Ese sería el caso de quien después de haber sido descubierto por la Policía paseando por la calle, hace caso omiso de las instrucciones para que vuelva a su domicilio".

Este es, siempre según ROCA DE AGAPITO, "el meollo de la cuestión sobre si se puede o no sancionar el simple hecho de salir a la calle a dar un paseo. ¿Se puede entender que se ha desobedecido?". Es en respuesta a esta pregunta cuando concluye el citado autor que las normas no se desobedecen, sino que se infringen.

Tanto esta afirmación como la subsiguiente, la desobediencia implica algo más que infringir una norma, en concreto, no cumplir una orden específica que trata de hacer valer una norma en un caso concreto, se pre-

sentan como dogma, como una verdad innegable; esa es la esencia de la desobediencia, que no es, no puede ser, otra cosa.

“Por eso”, dice ROCA DE AGAPITO, “no puedo estar más sorprendido cuando se lleva más de un mes denunciando a la gente por un hecho que no está previsto en la Ley. Y más perplejo me quedo aún, ya para rematar, cuando el Ministro del Interior, en una Comunicación de 14 de abril de 2020 dirigida a los Delegados del Gobierno sobre la incoación de procedimientos sancionadores por presunta infracción del citado art. 36.6 de la LO 4/2015, insiste en esa equivocación (en mi modesta y humilde opinión)¹²⁴. Da instrucciones a los Delegados del Gobierno en el sentido de calificar como desobediencia un ‘desplazamiento no autorizado, sin circunstancias concurrentes’, con una propuesta de sanción de ‘multa de 601 €’, al amparo del art. 36.6 de la citada Ley de Seguridad Ciudadana”.

Por su indudable interés, seguiremos ocupándonos de la argumentación ofrecida por ROCA DE AGAPITO: “El principal argumento jurídico que se recoge en esa Comunicación de 14 de abril (página 10), es que: ‘las medidas limitativas de la libertad ambulatoria contenidas en el artículo 7 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, no constituyen normas abstractas adoptadas por el Gobierno para regir con carácter general y ordinariamente la conducta de la ciudadanía, sino expresos, concretos y directos mandatos u órdenes de la autoridad competente dirigidos a establecer restricciones a la libertad de circulación de la población, proporcionales a las circunstancias que han determinado la declaración del estado de alarma’.

Dejando al margen la posible inconstitucionalidad de dichos ‘mandatos u órdenes de la autoridad’, como antes apunté, no puedo compartir que el art. 7 del RD 463/2020 sea una orden expresa, concreta y directa a todos nosotros. El propio texto habla de mandatos u órdenes dirigidos a ‘la población’, en general. Además, una orden de la autoridad competente es, en términos jurídicos, un acto administrativo, no una norma. Decir que infringir lo dispuesto en el art. 7 del RD 463/2020 sea desobedecer una orden, significa degradar su contenido a la categoría de mero acto administrativo, lo cual, por cierto, entra en contradicción con otra cuestión que la citada Comunicación se preocupa por aclarar, que es que un Real Decreto de estado de alarma es una norma con ‘valor de ley’, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional dictada a propósito del caso de los controladores aéreos (STC 83/2016, de 28 de abril). (...) Por

¹²⁴ El carácter categórico de sus precedentes afirmaciones se ve ahora matizado, aunque, preciso es reconocerlo, un tanto disimuladamente.

tanto, parece que la Jurisprudencia del TC viene a corroborar más bien el carácter de norma de lo dispuesto en el art. 7 del RD 463/2020, en vez de una orden.

Haciendo un paralelismo, quizás simplón, pero que se comprenderá muy bien lo que quiero decir: ¿Cuál es la diferencia entre no parar ante una señal de stop y no parar cuando un policía nos da el alto o nos ordena que circulemos y no lo hacemos? En un caso estamos infringiendo una norma, en el otro estamos desobedeciendo una orden directa, expresa y determinada.

Que salir a la calle en estos momentos a dar un paseo sea una infracción normativa en vez de una desobediencia de una orden expresa, concreta y directa, se demuestra también porque el art. 7 del RD 463/2020 hay que interpretarlo. Las órdenes no se interpretan. Se cumplen o no se cumplen, y ya está. Lo único que cabe discutir es si uno puede o no cumplirla, en el sentido de si tiene o no capacidad para cumplirla. En cambio, una norma jurídica siempre hay que interpretarla, siempre habrá que dilucidar el alcance que puede tener a la hora de aplicarla al caso concreto. Así, por ejemplo, ¿salir de casa a comprar champán entra dentro de la letra a) del art. 7 del RD 463/2020 o no? Dicha disposición autoriza a circular si es para adquirir 'alimentos o productos de primera necesidad'. ¿Se puede considerar el champán un alimento o un producto de primera necesidad? Y ¿quién decide lo que es un producto de primera necesidad? Además, quien da una orden tiene que tener capacidad y 'autoridad' para hacerla cumplir, y me temo que ni lo uno ni lo otro sucede en este caso.

Todo ello me lleva a concluir que salir a la calle en estos momentos a dar un paseo es una infracción normativa, sí, pero no está sancionada expresamente por la Ley, por lo que no puede ser castigada. Se nos puede obligar a que nos quedemos en casa, pero no se nos puede castigar por que salgamos simplemente a dar un paseo. Con esto no quiero decir que se salga a la calle a pasear. Entiéndaseme bien. Por el bien de todos no hay que hacerlo. Lo único que digo es que el simple hecho de salir a dar un paseo no es una infracción sancionable, lo cual me deja perplejo”.

La detenida lectura de estas reflexiones evidencia que están trufadas¹²⁵ de afirmaciones axiomáticas: ocultan, por tanto, que no están sustraídas al debate, que no son incuestionables:

- ¿No es la prohibición de circular sin contar con alguna de las causas de justificación una orden expresa, concreta y directa a todos?

¹²⁵ No en el sentido de “llenas de mentiras”, sino en el sentido, más suave, de aderezadas, con inclusión subrepticia, como ahora comentaré, de verdades incuestionables.

¿Debe ser recordada una y otra vez? Precisamente porque se dirige a la población, se dirige a todos nosotros.

- “Una orden de la autoridad competente es, en términos jurídicos, un acto administrativo, no una norma”. El Derecho Administrativo distingue, en efecto, entre actos administrativos y disposiciones de carácter general, pero no reduce el ámbito de expresión de las órdenes a concretos actos administrativos, los cuales, por cierto, pueden tener una pluralidad indeterminada de personas (art. 45 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común). Nada impide, como veremos, que la orden se exprese a través de una disposición de carácter general.
- “Las órdenes no se interpretan. Se cumplen o no se cumplen, y ya está. Lo único que cabe discutir es si uno puede o no cumplirla, en el sentido de si tiene o no capacidad para cumplirla. En cambio, una norma jurídica siempre hay que interpretarla, siempre habrá que dilucidar el alcance que puede tener a la hora de aplicarla al caso concreto”. Las normas, por supuesto, deben interpretarse siempre: no es cierto, como ya he dicho en otro momento y lugar, que *in claris no fit interpretatio*. Las órdenes igualmente son susceptibles, por qué no, de interpretación: son, si se me permite la expresión, una norma individual, como lo es, con carácter general, el contrato, *ley entre partes*. Una orden judicial que obliga a adoptar a una empresa las medidas precisas para proteger a sus trabajadores o a cesar con carácter inmediato una determinada actividad deberá, por supuesto, ser interpretada. Quien es conminado a informar a un interesado en un procedimiento administrativo sin demora injustificada deberá, igualmente, determinar la elasticidad de esta expresión.
- “Quien da una orden tiene que tener capacidad y ‘autoridad’ para hacerla cumplir, y me temo que ni lo uno ni lo otro sucede en este caso”¹²⁶. ¿Realmente no tiene el Gobierno capacidad y autoridad para hacer cumplir el mandato impuesto por el art. 7? Aunque estimo que resulta innecesario extenderse, es interesante citar el art. 5 del RD 463/2020, que dispone, entre otras cosas, que “los integrantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, los Cuerpos de Policía de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales quedarán bajo las órdenes directas del Ministro

¹²⁶ Se refiere ROCA DE AGAPITO al Gobierno, pues los ejemplos que cita inmediatamente antes son referidos a la necesidad de interpretar el art. 7 del RD 463/2020.

del Interior, a los efectos de este real decreto, en cuanto sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza". A las órdenes directas, como puede observarse, se refiere este precepto, que, por alcanzar a tal magnitud de destinatarios, sin dejar de ser directas, tendrán carácter general. El mismo art. 5, apartado 5, establece que "el Ministro del Interior podrá dictar las órdenes, resoluciones, disposiciones e instrucciones que considere necesarias a todos los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada". Además, "para el eficaz cumplimiento de las medidas incluidas en el presente real decreto, las autoridades competentes delegadas podrán requerir la actuación de las Fuerzas Armadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 15.3 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional". ¿Tiene o no el Gobierno, o el Ministro del Interior, capacidad y autoridad para hacer cumplir lo dispuesto por el art. 7 del RD 463/2020?

2.8. Desobediencia a mandatos generales (I). Doble naturaleza jurídica de la limitación de la libertad de circulación de las personas impuesta por el art. 7 del RD 463/2020

La *perplejidad* de ROCA DE AGAPITO ("lo único que digo es que el simple hecho de salir a dar un paseo no es una infracción sancionable, lo cual me deja perplejo"), provocada por el hecho de que "se nos puede obligar a que nos quedemos en casa, pero no se nos puede castigar por que salgamos simplemente a dar un paseo", tiene sencillo remedio: basta con asumir que también las normas generales, algunas normas generales al menos, en determinadas circunstancias, pueden ser objeto no solo de desnudo incumplimiento huérfano de sanción, sino también de desobediencia. Y entonces podrá comprenderse la corrección de la actuación observada, al menos con carácter general, por los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado.

No es ocioso repetirlo: la letra de la Ley no impide entenderlo de este modo; el requisito de que concurra un requerimiento personal es un requisito impuesto al interpretar los artículos 36.6 LOPSC y, sobre todo, 556.1 CP.

El RD 463/2020, que declara el Estado de Alarma, no es una norma cualquiera. Como afirman MORENO VERDEJO/DÍAZ TORREJÓN, "estamos ante una norma precisa, concreta y clara, no ante un genéri-

co mandato legal". "Existe", siguen diciendo, "un expreso requerimiento emanado del RD 463/2020 y de la Ley General de Sanidad antes citados. Esas normas, para que se respete el confinamiento en casa, son de tales características que ese requerimiento ha pasado a ser casi verdad universal. En todos los programas de radio y televisión figura la leyenda "Quédate en casa", permanentemente sobreimpresionada durante toda la programación de la serie, película o telediario. Nadie ignora que ese deber existe. La notificación de tales mandatos no ofrece duda. Tampoco su pleno conocimiento por los destinatarios"¹²⁷.

"Tanto para la aplicación de la infracción administrativa cuanto del delito de desobediencia se está difundiendo la idea de que solo hay infracción si el agente de la autoridad ha requerido personalmente a los ciudadanos o si se trata de algo más que una norma de alcance general, dirigida a toda la población, la que se incumple".

"Esa tesis", dicen, "no es correcta, pues puede llegarse al delito del artículo 556 CP sin ese recorrido", precisamente porque "estamos ante una norma precisa, concreta y clara, no ante un genérico mandato legal"; además, "no hace falta requerimiento alguno por agente de la autoridad"¹²⁸; "el artículo 556 CP no exige un requerimiento expreso y formal de la autoridad judicial o administrativa"¹²⁹.

¹²⁷ Vid. MORENO VERDEJO, J./DÍAZ TORREJÓN, P., "Sanciones en caso de inobservancia del confinamiento: posible delito de desobediencia", *Sepin*, 21 de abril de 2020.

¹²⁸ Vid. MORENO VERDEJO, J./DÍAZ TORREJÓN, P., "Sanciones en caso de inobservancia del confinamiento: posible delito de desobediencia", ob. cit.

¹²⁹ Argumentan estos autores, citando erróneamente la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 722/2018, de 23 de enero, que la jurisprudencia "indica que no es requisito del delito el requerimiento o apercibimiento personal por no ser este sino una forma de asegurar el conocimiento del mandato". Si bien después citarán otra STS, apelan, en primer lugar, "por todas", a aquella resolución, omitiendo, sin embargo, que su completa lectura no solo no evidencia lo que sostienen sino todo lo contrario. Dice así dicha sentencia (a la cual me referiré posteriormente, citando también una parte del siguiente extracto): "La tesis de que sin notificación y sin requerimiento personales el delito de desobediencia previsto en el art. 410 del CP no llega a cometerse obliga a importantes matices. En efecto, es entendible que en aquellas ocasiones en las que el delito de desobediencia se imputa a un particular (cfr. arts. 556, 348.4.c, 616 quáter CP), el carácter personal del requerimiento adquiera una relevancia singular. Sólo así se evita el sinsentido de que un ciudadano sea condenado penalmente por el simple hecho de desatender el mandato abstracto insito en una norma imperativa. De ahí que el juicio de subsunción exija que se constate el desprecio a una orden personalmente notificada, con el consiguiente apercibimiento legal que advierta de las consecuencias del incumplimiento. Sin embargo, en aquellas otras ocasiones en las que el mandato está incluido en una resolución judicial o en una decisión u orden de la autoridad superior (cfr. art. 410.1 CP) y se dirige, no a un particular, sino a una autoridad o funcionario público, la exigencia de notificación personal del requerimiento ha de ser

Con fecha 14 de abril de 2020, se emite una *Comunicación del Ministro del Interior a los Delegados del Gobierno sobre incoación de procedimientos sancionadores por presunta infracción del art. 36.6 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, y criterios para las propuestas de sanción.*

En ella se explica que el artículo 20 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, *“remite la sanción de los incumplimientos de las órdenes de las autoridades competentes durante el estado de alarma a lo dispuesto en las leyes, en los mismos términos que la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Se ha constatado que uno de los incumplimientos más frecuentes que se están produciendo y denunciando por los agentes de la autoridad es el de las medidas limitativas de la libertad de circulación que ha establecido el artículo 7 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo y recogidas también en el artículo 4 de la Orden INT/226/2020, de 15 de marzo”.*

“Tal incumplimiento”, sigue diciendo, “debe considerarse desobediencia a las órdenes dictadas por el Gobierno, como autoridad competente en el estado de alarma; órdenes que gozan de valor de ley (STC 83/2016) y constituyen mandatos directos dirigidos a la ciudadanía que han tenido una amplia difusión, además de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, y, por tanto, su inobservancia pueda subsumirse en el tipo infractor de la desobediencia a la autoridad del artículo 36.6 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana”.

En la misma Comunicación del Ministro del Interior a los Delegados del Gobierno se adjunta un Documento I que contiene un modelo de resolución de incoación de los procedimientos sancionadores por la presunta comisión de la infracción de desobediencia a la autoridad del art. 36.6 de la LOPSC. En los Fundamentos de Derecho de dicho modelo se declara que *“las medidas limitativas de la libertad de circulación contenidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de octubre, constituyen órdenes del Gobierno, directa y expresamente dirigidas a la ciudadanía, adoptadas en*

necesariamente modulada. Lo decisivo en tales casos es que la falta de acatamiento, ya sea a título individual por el funcionario concernido, ya como integrante del órgano colegiado en el que aquél se integra, sea la expresión de una contumaz rebeldía frente a lo ordenado. Lo verdaderamente decisivo es que el funcionario o la autoridad a la que se dirige el mandato tenga conocimiento de su existencia y, sobre todo, del deber de acatamiento que le incumbe”. Vid. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 722/2018, de 23 de enero de 2019, Tirant online, Documento (Tol 6999023).

su condición de autoridad competente, de conformidad con los artículos séptimo de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, y 4.1 del mencionado real decreto, y tienen rango legal, de conformidad con la jurisprudencia constitucional”.

La mentada Comunicación también lleva adjunto un Documento II que contiene una *“fundamentación jurídica para su posible incorporación a las propuestas de resolución de los procedimientos, adaptándola a las circunstancias del caso concreto”*. De este segundo Documento, rubricado *Calificación del incumplimiento de las medidas adoptadas para limitar los desplazamientos de la ciudadanía como infracción del art. 36.6 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana en las resoluciones por procedimientos sancionadores*, es obligado destacar, dado su innegable interés, lo siguiente:

“Las conductas consistentes en desobedecer y resistirse “implican, según reiterada jurisprudencia, una contumaz oposición a la función del sujeto pasivo, desplegando una acción firme y persistente de oposición activa o pasiva, o una omisión contumaz a prestar la colaboración necesaria para que los agentes cumplan sus funciones, con diferente grado de intensidad, calificándose como delito de atentado cuando media agresión, violencia o intimidación grave. Por tanto, cuando se produzca la mera desobediencia a un mandato directo de la autoridad (no sólo de sus agentes), sin la contumacia exigida para incurrir en la infracción penal de la resistencia a la autoridad o a sus agentes (artículo 556 del Código Penal), concurrirán los elementos definitorios de la infracción administrativa del artículo 36.6 de la LOPSC. Como se ha expuesto más arriba, la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio ya advierte que ‘el incumplimiento o la resistencia a las órdenes de la autoridad competente en el estado de alarma será sancionado con arreglo a lo dispuesto en las leyes’, y en el mismo sentido se expresa el artículo 20 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. Dejando al margen las conductas más graves constitutivas de delito, la inobservancia de las medidas adoptadas por el Gobierno como autoridad competente vigente el estado de alarma pueden, por tanto, constituir bien un incumplimiento de las órdenes de dicha autoridad, equivalente a la desobediencia a la que se refiere el artículo 36.6 de la LOPSC, bien un acto de resistencia no penal a las órdenes de dicha autoridad o de sus agentes, que se identifica con la resistencia que menciona el mencionado precepto de la citada ley. Frente a la resistencia a las órdenes de la autoridad o de sus agentes, que exige un requerimiento previo del agente de la autoridad a la persona y la negativa de ésta a su cumplimiento (contumacia), resulta, pues, que la LO 4/1981, de 1 de junio, y el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, en relación con el artículo 36.6 de la LOPSC, contemplan como conducta sancionable administrativamente al amparo de este último precepto la desobediencia o incumplimiento de las órdenes de la autoridad, no sólo de sus agentes. Y como incumplimiento de tales órdenes de la autoridad debe calificarse la mera inobservancia por la ciudadanía, no precisada de requerimiento previo de los

agentes de aquella, de las medidas adoptadas por el Gobierno como autoridad competente vigente el estado de alarma.

A estos efectos, las medidas limitativas de la libertad ambulatoria contenidas en el artículo 7 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, no constituyen normas abstractas adoptadas por el Gobierno para regir con carácter general y ordinariamente la conducta de la ciudadanía, sino expresos, concretos y directos mandatos u órdenes de la autoridad competente dirigidos a establecer restricciones a la libertad de circulación de la población, proporcionales a las circunstancias que han determinado la declaración del estado de alarma. A las anteriores consideraciones deben agregarse otras dos. En primer lugar, es preciso recordar el valor de ley que tales medidas limitativas tienen, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, que ha declarado que 'aunque formalizada mediante decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley', y, en consecuencia, queda revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes» (STC 83/2016, FJ 10). Y en segundo lugar, tales órdenes expresas, concretas y directas de la autoridad a la ciudadanía, restringiendo de forma proporcional su libertad de circulación, han tenido una amplísima difusión a través de los medios de comunicación, además de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, por lo que su incumplimiento (en términos de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, y el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo) o desobediencia (en términos del artículo 36.6 de la LOPSC) no exigen el recordatorio de la necesidad de su observancia, mediante requerimiento de los agentes de la autoridad, para que se consume la infracción administrativa. Ello sin perjuicio de que, si media dicho requerimiento o cualquiera otro y no es atendido por la persona a la que se dirige, ésta pueda incurrir bien en la infracción administrativa de desobediencia o resistencia a los agentes de la autoridad, bien en el delito correspondiente de resistencia, en función de las circunstancias".

El RD 463/2020 es, por supuesto, una norma jurídica, una disposición gubernativa de carácter general a la que el Tribunal Constitucional, como hemos visto, atribuye rango y valor de ley. Esta norma jurídica incorpora mediante su art. 7, que impone, según informa su rúbrica, una *Limitación de la libertad de circulación de las personas, una prohibición general, de carácter temporal, de circular, sin causa especial que lo autorice, por vías o espacios públicos*. Se trata, realmente resulta difícil cuestionarlo, de un mandato directo, expreso, concreto, de carácter inmediatamente ejecutivo sin necesidad de ulteriores requerimientos que recuerden su vigencia y con una extraordinaria e inaudita difusión que asegure su conocimiento generalizado, lo cual, innecesario es advertirlo, no impedirá, aunque esté correctamente realizada la intervención policial, que la acusación deba probar, en el proceso penal, la ejecución de la omisión típica y el dolo de su autor. El hecho de que la propia norma

jurídica en la que se inserta declare en su primer artículo *el estado de alarma con el fin de afrontar la situación de emergencia sanitaria provocada por el coronavirus COVID-19* y establezca, en consecuencia, provisionalmente, un nuevo orden público, hacen prácticamente inviable ignorar la existencia de aquella prohibición.

Las características del referido mandato general, configurado como una orden que exige su inmediata obediencia u observación, le otorgan un insólito carácter personal, que opera en el mismo sentido, asegurando igual pleno conocimiento, que el requerimiento personal que, según la citada STS núm. 459/2019, de 14 de octubre, adquiere en el delito de desobediencia una relevancia singular. No se produce, así, el *sinsentido* por ella denunciado *“de que un ciudadano sea condenado penalmente por el simple hecho de desatender el mandato abstracto ínsito en una norma imperativa”*. Aquella orden ha sido dictada, como exige el art. 556.1, por la autoridad competente, y lo ha sido en tal forma que implica el consiguiente apercebimiento legal que hace saber a los ciudadanos su obligado respeto. Constatado su desprecio en términos de la gravedad demandada por el art. 556.1, no es preciso, ni conveniente, reclamar un nuevo requerimiento y eliminar toda eficacia inmediata al art. 7 del RD 463/2020.

No olvidemos una premisa básica: ni el art. 556 CP ni el art. 36.6 de la LOPSC prescriben la necesidad de que exista aquella orden o mandato singular, personal, que ponga en acto la norma general. Esta es inmediatamente aplicable desde su entrada en vigor, sin necesidad de que una concreta autoridad (distinta de la que ha aprobado la norma), o agente de esta, *la ponga en marcha, en movimiento, le dé inicio; no es precisa una suerte de incoación que dé comienzo a su verdadera aplicación al efecto de poder ser, además de incumplida, efectivamente desobedecida*.

Literalmente, lo recuerdo una vez más, *desobedecer*, según el Diccionario de la RAE, significa *“no hacer lo que ordenan las leyes”* o *“quienes tienen autoridad”*. *Las leyes, por tanto, sí pueden ser desobedecidas*. La clave es, por consiguiente, si el delito de desobediencia tipificado en el artículo 556, que no contempla expresamente la necesidad de que concurra un requerimiento personal, debe ser interpretado en el sentido de exigirlo. Es imperativo admitir, en cualquier caso, que no necesariamente debe estarse de acuerdo con la afirmación de que el delito de desobediencia previsto y penado en el citado artículo 556 reclama la presencia de un requerimiento personal.

2.9. *Desobediencia a mandatos generales (II). Necesidad de requerimiento del agente de la autoridad: desarmando el mandato general*

El art. 556.1 contiene un mandato general de obedecer a la autoridad o a sus agentes cuando actúan en el ejercicio de sus funciones. Es un mandato necesario para la *supervivencia* del propio ordenamiento jurídico, para su correcto funcionamiento.

Con toda claridad así lo ha expresado, en nuestra doctrina, ÁLVAREZ GARCÍA¹³⁰. Como explica este autor, a quien ya me he referido anteriormente adelantado la presente idea, “*se trata, así, de crear vías de cierre del Ordenamiento que garanticen la eficacia (...) de las resoluciones administrativas y judiciales*”.

Dicho con otras palabras: las leyes emanadas del Parlamento establecen, como el art. 556.1, mandatos generales que ordenan la convivencia en la sociedad, convivencia que solo será posible si las resoluciones judiciales y administrativas que supondrán la ejecución efectiva de aquellos mandatos generales se cumplen. Y este cumplimiento debe asegurarse protegiéndolo, previendo cláusulas de cierre, como hemos visto, del sistema, del ordenamiento jurídico. No dar cumplimiento a los mandatos emanados, en el ejercicio de sus funciones, del poder ejecutivo o del poder judicial, desobedecerlos, debe ser castigado y, a juicio del propio legislador, debe serlo penalmente. La amenaza penal, por tanto, se ha considerado necesaria.

“¿Es esto legítimo en términos democráticos?” se pregunta ÁLVAREZ GARCÍA¹³¹. “*Entiendo que, en una democracia, con mayor razón que en las dictaduras, el principio de autoridad, en general, debe ser especialmente protegido. Ello es así porque a diferencia de lo que sucede en los regímenes autoritarios, en la democracia existe suficiente legitimidad para poder imponer normas de conducta, imposiciones que no pueden ser interpretadas como iniquidades —tal y como sucede siempre en las dictaduras— sino como plasmación de la voluntad general expresada en normas de conducta generadas en los Parlamentos. Por ello, lo progresista no es “desarmar” al Estado de Derecho privando de fuerza concreta de obligar a las resoluciones que se dicten en el ejercicio de los poderes ejecutivo o judicial, sino, por el contrario, lo progresista es rodear estas decisiones —llámense administrativas o judiciales— de su-*

¹³⁰ Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “Las desobediencias en Derecho Penal”, ob. cit., pág. 213.

¹³¹ *Ibidem*.

ficientes instrumentos de coacción para garantizar su ejecución, puesto que en su imposición se refleja la fuerza del Estado democrático. Así las cosas, no es de ningún modo aceptable que a los ciudadanos se les envíe un mensaje que consista en hacerles creer que desobedecer una resolución judicial o una orden es posible sin temor a sanción; no es aceptable transmitir la idea de que atentar contra la autoridad o los funcionarios en el ejercicio de sus funciones, no lleva consigo incurrir en responsabilidad penal; no es aceptable el dejar de castigar esos comportamientos que se dirigen, en definitiva, al "fruto" del funcionamiento mismo del Estado de Derecho. La dejadez en cualquiera de esos casos supone la causación de un daño persistente y difícilmente reparable en las instituciones, en todo tipo de instituciones"¹³².

Una opinión sumamente contraria al importante papel que desempeña el delito de desobediencia es sostenida por NIETO MARTÍN, que se refiere a la situación de pandemia que provocó la declaración del Estado de alarma como no nueva. "En tiempos bien recientes y tras el 11 de septiembre tuvimos ya un debate similar que cristalizó entorno al denominado Derecho penal del enemigo. No obstante, esta situación de emergencia, no provocada como hasta ahora ha sido habitual por guerras, desórdenes públicos o actos terroristas, sino por un agente natural, como una epidemia arroja nuevos perfiles y patologías".

Llama la atención dicho autor de una primera gran patología, común a todos los estados de emergencia: "es la preponderancia del ejecutivo y de su voluntad como eje de la intervención penal. El modelo en auge son los delitos o infracciones de desobediencia a la autoridad. Los cuerpos de policía con un gran margen de discrecionalidad concretan los mandatos productos de la situación de emergencia y sitúan los casos de desobediencia bien en los terrenos del derecho penal (principalmente, art. 556 CP), con lo que ello conlleva, bien en los dominios de la infracción administrativa o en la irrelevancia jurídica, lo que también puede ocurrir. Delitos y sanciones por desobediencias estaban bien engrasados y listos para actuar, como consecuencia de las reformas de la "Ley mordaza" y la reforma de 2015. Quizás por esta razón el Decreto Ley que estableció el estado de emergencia consideró que no resultaba necesario crear ningún tipo de sanción más, que por otra parte en lo estrictamente penal hubiera sido imposible.

Los delitos de desobediencia a la autoridad suponen una anomalía importante dentro del sistema de fuentes del Derecho penal. Si ya nos cuesta admitir que, como ocurre con las leyes penales en blanco, sea un reglamento administrativo quien acabe de fijar los contornos del delito, más nos sorprende que sea el no acatamiento de una orden de la autoridad, dictada generalmente con un alto grado de discrecionalidad, la que deba ser obedecida sin posibilidad alguna de contradicción. En Italia la normativa que ha surgido tras la declaración

¹³² Ibídem.

del estado de emergencia ha traído incluso en este terreno una vieja práctica del derecho administrativo ya olvidada: el solve et repete. El ciudadano que desconoce la orden de la autoridad debe abonar las multas que se le ponen in situ y sólo después tiene el derecho a los recursos”¹³³.

Ocupémonos nuevamente del art. 556.1: contiene, como decía, un mandato general de obedecer a la autoridad o a sus agentes cuando actúan en el ejercicio de sus funciones, mandato necesario para la *supervivencia* del propio ordenamiento jurídico, para su correcto funcionamiento. Dicho mandato general, de naturaleza legal, pretende asegurar el cumplimiento de otros mandatos, en este caso de naturaleza *ejecutiva*¹³⁴, administrativa o judicial. El art. 556.1, en suma, establece el mandato general de obedecer otros mandatos, los procedentes de la autoridad o de sus agentes en el ejercicio de sus funciones. Desobedeciendo estos, se desobedece aquel primer mandato general de obediencia.

En virtud del principio de mínima intervención, el legislador decidió que la actuación del Derecho Penal solo tendrá lugar si la desobediencia es, según exige el propio art. 556.1, grave; también, si se opone resistencia, aunque no merezca su adjetivación como grave.

Destacando la necesidad de obedecer los mandatos ejecutivos, administrativos y judiciales, el art. 556.1 subraya el indiscutible valor de estos para el correcto funcionamiento del Estado de Derecho, y cabe preguntarse, nuevamente, si el art. 556.1 ha pretendido limitar su ámbito de aplicación protegiendo únicamente mandatos particulares o personales, con exclusión, por tanto, de mandatos de más amplio alcance. La respuesta, desde esta perspectiva, parece obvia: literalmente, el art. 556.1 no ha hecho tal cosa ni parece que hacerlo vía interpretación sea una consecuencia obligada o incluso, como decía, aconsejable, al menos no en todo caso.

¹³³ Vid. ADÁN NIETO, A., “El Derecho penal ante el coronavirus: entre el estado de emergencia y la gobernanza global”, ob. cit.

¹³⁴ En tanto emanados del poder ejecutivo: el término *administrativa*, utilizado por ÁLVAREZ GARCÍA, es, en sentido estricto, menos amplio, pues el Gobierno no es, propiamente, Administración, por lo que, aludiendo a mandatos administrativos, al menos teóricamente, se excluyen los provenientes del Gobierno. En efecto, la Administración General del Estado, según declara el art. 55 de la Ley 40/2015, comprende: la Organización Central, que integra los Ministerios y los servicios comunes; la Organización Territorial, y la Administración General del Estado en el exterior. Son órganos superiores los Ministros y los Secretarios de Estado. El Gobierno, en tanto órgano constitucional, tiene su propia Ley, la Ley 50/1997, del Gobierno. En fin, la propia Constitución distingue en la rúbrica de su Título IV entre *el Gobierno y la Administración*.

El Real Decreto 463/2020 es una norma emanada del poder ejecutivo, del Gobierno, a la cual el Tribunal Constitucional, dada su enorme trascendencia, ha otorgado, como hemos comentado, excepcionalmente, valor y rango de ley; pero no deja de ser norma dimanante del Gobierno. Dicho Real Decreto, mediante el que se declara el estado de alarma, tiene como gran objetivo, según expresa su art. 1, “*afrentar la situación de emergencia sanitaria provocada por el coronavirus COVID-19*”; establece, por ello, un importante conjunto de medidas (de contención en el ámbito educativo y de la formación, en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, etc.) y, sobre todo, por lo que aquí interesa, un mandato general (así se le ha denominado) de confinamiento o prohibición general de circular, o, como dice el propio RD 463/2020, una limitación de la libertad de circulación de las personas.

El RD 463/2020 no es, en consecuencia, una disposición más de carácter general que nace con la pretensión de ordenar la convivencia y cuya efectividad requerirá un consiguiente desarrollo normativo y una dilatada ejecución; contiene un mandato muy concreto, una prohibición, a la que dota de inmediata, perentoria, eficacia; un mandato motivado por la urgencia, y emergencia, de una situación excepcional¹³⁵. Pese a tratarse de un mandato o prohibición general, es sumamente difícil imaginar otro tan directo, categórico, expreso y personal; se dirige a toda la ciudadanía, en efecto, pero se dirige también a todos y cada uno de nosotros, de un modo, pese a ser expresado mediante una norma general, inigualablemente, mediante distinta norma general, individual, asegurado su pleno conocimiento¹³⁶ por parte de todos. Sin dejar de ser una norma o mandato general, es también un mandato o norma singular. ¿De verdad es preciso que nos lo recuerden con ocasión de cada incumplimiento a la vez que se comunica la ausencia de toda responsabilidad?

Supeditar la eficacia de tal mandato, de semejante prohibición, y no necesariamente solo en el ámbito penal, sino también, y, sobre todo, en el ámbito administrativo, a la necesidad de un requerimiento personal tras

¹³⁵ “De ahí que nos hallemos ante deberes de una extraordinaria relevancia al estar en juego la salud pública, bien jurídico colectivo que engloba en caso de pandemias tan graves como el COVID 19, los bienes ético-jurídicos y constitucionales de mayor relieve en primer lugar los más directamente concernidos vida e integridad física (art. 15 CE) y salud (art. 43)”. VARGAS CABRERA, B., “El Decreto de Alarma, la llamada legislación de desescalada y el derecho penal”, *Diario La Ley*, N° 9642, Sección Tribuna, 28 de Mayo de 2020, Wolters Kluwer.

¹³⁶ No, obviamente, en todos sus detalles, susceptibles algunos de complejas interpretaciones, pero sí en su alcance general.

una primera desobediencia, ni es necesario ni tiene sentido. No es necesaria, en fin, la intermediación, entre la norma general y su destinatario, de otra autoridad o de un agente de esta, meros transmisores de aquella.

Haciendo *trampa*¹³⁷, tomo prestadas las siguientes palabras del Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 722/2018, de 23 de enero de 2019¹³⁸. “*Ciertamente no atender de inmediato una decisión plasmada en una sentencia —o resolución, ejecutiva o administrativa, cabe añadir— dándole cumplimiento no es, así, sin más, desobediencia. Pero cuando se trata de una decisión pública categórica, terminante, comunicada de tal forma que inevitablemente será conocida por todos, y se es consciente de que lo que pretende esa decisión (...) es inequívocamente que solo se circule cuando exista una causa que lo justifique singularmente (...), es ridículo exigir un requerimiento personal. No es ese requisito del delito de desobediencia, sino una forma de asegurar el conocimiento del mandato, y prescindible en este caso*”.

Una persona es hallada en la calle, en plena efervescencia o apogeo del Estado de alarma, sin que justifique mínimamente dicha circunstancia, desobedeciendo, por tanto, aquella prohibición, desafiando un mandato reclamado por una excepcional situación; ¿debe ser únicamente informado de que es incorrecto su comportamiento y debe regresar a casa o, dicho con otras palabras, de que su conducta carecerá de consecuencias jurídicas? ¿podrá ser sancionado si repite dicha conducta al día siguiente o una semana más tarde? Adviértase que la primera vez, si decide regresar a su casa, habrá desobedecido el mandato contenido en el RD 463/2020, pero no el requerimiento del agente de la autoridad: no habrá, por tanto, desde la perspectiva del art. 36 de la LOPSC o desde la del art. 556.1 CP, desobedecido. ¿Qué sucederá la segunda vez? Si vuelve a acatar el requerimiento policial, nuevamente desde esta restrictiva óptica, no desobedecerá; y así, sucesivamente.

Tomando prestado el discurso de ÁLVAREZ GARCÍA, se desarma el RD 463/2020 y, por tanto, el nuevo *orden público* por él establecido, si se priva, por una no obligada interpretación de la infracción administrativa grave de desobediencia o del propio art. 556.1 CP, de fuerza concreta de obligar al mandato impuesto por el art. 7 de dicho RD, a la prohibición general de circular, emanada, como exigen los artículos 36 de la LOPSC y

¹³⁷ Utilizo esta palabra dado que en la misma resolución que inmediatamente citaré, el Tribunal Supremo, recuperando lo afirmado en su Sentencia 459/2019, de 14 de octubre [vid. Tirant online, (Tol 7515425)], sostiene que en el delito de desobediencia que se imputa a un particular *el carácter personal del requerimiento adquiere una relevancia singular*. Y hago *trampa*, también, porque introduciré alguna modificación.

¹³⁸ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 722/2018, de 23 de enero de 2019, Tirant online, Documento (Tol 6999023).

556.1 CP, de una autoridad actuando en el ejercicio de sus funciones. Sin la imprescindible dotación de verdadero poder coactivo a aquella prohibición general, sin rodearla de instrumentos que garanticen realmente su eficacia y ejecución, queda, en efecto, desarmada¹³⁹.

Continuando con aquel *préstamo*, no es de ningún modo aceptable que a los ciudadanos se les envíe un mensaje que consista en hacerles creer que desobedecer semejante resolución del Gobierno es posible sin temor a sanción; no es aceptable transmitir la idea de que despreciar o desoír tan importante mandato de la autoridad no lleva consigo incurrir en responsabilidad administrativa o, quizá, incluso, penal; no es aceptable dejar de castigar comportamientos que comprometen un nuevo orden público íntimamente conectado, como nunca lo estuvo, a la salud pública, expresión, esta, pocas veces tan autorizada. Y, para concluir con el citado *préstamo*, la dejadez en cualquiera de esos casos supone la causación de un daño persistente e irreparable en términos de dicha salud, con merma, menos significativa, pero no menos apreciable, de las instituciones.

2.10. *Desobediencia a mandatos generales (III). Prohibiciones penales específicamente castigadas por el Código Penal. Requerimiento del agente de la autoridad y —pretendida— esencia de la desobediencia*

El mandato general ínsito al art. 7 del RD 463/2020 no es parangonable a cualquier otro contenido en otras disposiciones generales. Siquiera excepcionalmente, su desatención merece, por las comentadas razones, ser denominada, también, y en sentido jurídico, desobediencia.

Añadiré a todo lo dicho hasta ahora que en el propio Código penal hay otros ejemplos de desobediencia a un mandato general o prohibición de esta naturaleza. No es inherente a la naturaleza de la desobediencia penal (o, en general, jurídica), en consecuencia, que lo sea siempre a una orden personal.

¹³⁹ No impide en absoluto alcanzar esta conclusión el parecer de la Abogacía General del Estado, (“Consulta sobre tipificación y competencia administrativa para tramitar y resolver procedimientos sancionadores por incumplimiento de las limitaciones impuesta durante el Estado de Alarma”, 2 de abril de 2020), según la cual, el art. 36.6 de la LOPSC sanciona “algo más que el genérico incumplimiento del ordenamiento jurídico. La contravención de las normas vigentes conlleva, per se, unas determinadas consecuencias jurídicas (nulidad, anulabilidad, obligación de indemnizar...), pero no toda contravención de la normativa vigente implica una infracción por desobediencia”. ¿La sanción a los cientos de miles, o millones, de incumplimientos del art. 7 del RD 463/2020 es declarar su nulidad?

El artículo 590 CP¹⁴⁰ dispone lo siguiente: “1. El que, con actos ilegales o que no estén debidamente autorizados, provocare o diere motivo a una declaración de guerra contra España por parte de otra potencia, o expusiere a los españoles a experimentar vejaciones o represalias en sus personas o en sus bienes, será castigado con la pena de prisión de ocho a quince años si es autoridad o funcionario, y de cuatro a ocho si no lo es.

2. Si la guerra no llegara a declararse ni a tener efecto las vejaciones o represalias, se impondrá, respectivamente, la pena inmediata inferior”.

Inmediatamente después declara el art. 591 que “con las mismas penas señaladas en el artículo anterior será castigado, en sus respectivos casos, el que, durante una guerra en que no intervenga España, ejecutare cualquier acto que comprometa la neutralidad del Estado o infringiere las disposiciones publicadas por el Gobierno para mantenerla”.

“O infringiere las disposiciones publicadas por el Gobierno para mantener la neutralidad del Estado”. Nos hallamos ante un delito de desobediencia directa a disposiciones de carácter general aprobadas por el Gobierno del Estado¹⁴¹: sinceramente, no creo que nadie se plantee la necesidad de supeditar la aplicación del artículo 591 a la existencia de un requerimiento nominal e individual de carácter previo, lo cual, claro está, no impedirá la absolución en un proceso penal si no se acredita el dolo del sujeto objetivamente desobediente, es decir, que tenía conocimiento de aquellas disposiciones publicadas por el Gobierno.

Otro ejemplo análogo es el art. 596.1 CP¹⁴², según el cual, “el que, en tiempo de guerra y con el fin de comprometer la paz, seguridad o indepen-

¹⁴⁰ Ubicado en el seno del Capítulo II (*Delitos que comprometen la paz o la independencia del Estado*), del Título XXIII (*De los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la Defensa Nacional*) del Libro II (*Delitos y sus penas*) del Código Penal.

¹⁴¹ Esta segunda modalidad típica sancionada por el artículo 591 “sanciona un supuesto de desobediencia específico en relación con el Gobierno, por lo que son extrapolables los requisitos propios del delito de desobediencia”, que deberá “tratarse de una desobediencia grave”. (...) “Con todo, como se apuntaba anteriormente, no es suficiente constatar la desobediencia a las disposiciones publicadas por el Gobierno, sino que esta debe ser apta o idónea para comprometer la neutralidad del Estado español y, por ende, atentar contra la paz, bien jurídico tutelado en todas las manifestaciones típicas de este precepto. El comportamiento delictivo del sujeto variará en función de las disposiciones que haya establecido el Gobierno —que deben ser publicadas y, por lo tanto, ampliamente conocidas—, de manera que cabrá tanto la modalidad activa como omisiva”. Vid. GUARDIOLA LAGO, M. J., “Comentario al artículo 591 CP”, en *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo II. 7ª ed., ebook, Pamplona 2016.

¹⁴² Ubicado, como el art. 591, en el seno del Capítulo II (*Delitos que comprometen la paz o la independencia del Estado*), del Título XXIII (*De los delitos de traición y contra*

dencia del Estado, tuviere correspondencia con un país enemigo u ocupado por sus tropas cuando el Gobierno lo hubiera prohibido, será castigado, con la pena de prisión de uno a cinco años. Si en la correspondencia se dieran avisos o noticias de las que pudiera aprovecharse el enemigo se impondrá la pena de prisión de ocho a quince años”.

“Tener correspondencia con un país enemigo u ocupado por sus tropas, en tiempo de guerra y con la citada finalidad, infringiendo la prohibición del Gobierno en tal sentido”. Se trata de una nueva desobediencia directa a disposiciones de carácter general aprobadas por el Gobierno del Estado: sobra repetir que el tipo no condiciona expresamente su aplicabilidad a la existencia de un requerimiento nominal e individual de carácter previo; pero, sobre todo, resulta manifiesta la voluntad de la norma de castigar directamente aquella desobediencia a una norma jurídica¹⁴³.

También contiene un tercer ejemplo el art. 597 CP¹⁴⁴, que declara que “el español o extranjero que, estando en el territorio nacional, pasare o

la paz o la independencia del Estado y relativos a la Defensa Nacional) del Libro II (Delitos y sus penas) del Código Penal.

¹⁴³ “El presente artículo pretende proteger la paz, seguridad o independencia del Estado español a través de la tipificación de supuestos de correspondencia con el enemigo, cuando esta haya sido prohibida por el Gobierno. (...) para que pueda aplicarse este delito deberá existir previamente una prohibición del Gobierno, que el sujeto activo deberá conocer a los efectos de apreciar el dolo. La utilización del término correspondencia comprende el traspaso de flujo de información, en la que no es preciso un intercambio o respuesta por parte del interlocutor sino que basta con que sea unilateral hacia el país enemigo. Parte de la doctrina ha visto en el término ‘correspondencia’ la necesidad de que esta sea escrita, por imperativo del principio de taxatividad (Cobo y Quintanar). Así, se recoge una expresión desafortunada y anacrónica, puesto que en la actualidad existen numerosos modos de comunicación, a parte del escrito, que podrían afectar en igual medida a los bienes jurídicos protegidos (piénsese, por ejemplo, en una videoconferencia o, sin ir más lejos, en una llamada telefónica). Sea como fuere, y dada la gravedad de la pena, se entenderá que los avisos o noticias que se faciliten al enemigo deben ser idóneos para poner en peligro la paz, seguridad o independencia del Estado. Con ello se soslaya la posible crítica de que se trate de un precepto que tipifica un supuesto de mera desobediencia. En cuanto al tipo subjetivo, además de la necesidad de constatar el conocimiento de la prohibición gubernativa y la voluntad de quebrantarla, se precisa un elemento subjetivo del injusto, cifrado en la finalidad de comprometer la paz, seguridad o independencia del Estado”. Vid. GUARDIOLA LAGO, M.J., “Comentario al artículo 596 CP”, en *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo II. 7ª ed., ebook, Pamplona 2016.

¹⁴⁴ Como los anteriores, situado en el seno del Capítulo II (Delitos que comprometen la paz o la independencia del Estado), al que pone fin, del Título XXIII (De los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la Defensa Nacional) del Libro II (Delitos y sus penas) del Código Penal.

intentare pasar a país enemigo cuando lo haya prohibido el Gobierno, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses"¹⁴⁵.

Estos tres ejemplos desmienten la apodíctica afirmación de que las leyes o disposiciones generales no se desobedecen, sino que solo se incumplen o infringen. Todas las prohibiciones referidas o presupuestas por estos preceptos habrán sido aprobadas mediante decretos del Gobierno, quizá a través de decretos leyes, presumiblemente, en todo caso, aprobando una norma jurídica. No existen pretendidos obstáculos ontológicos, en fin, que impidan sostener que las leyes, las normas, también pueden ser objeto de desobediencia en el sentido de las infracciones administrativa y penal referidas.

¹⁴⁵ "El presente supuesto constituye una limitación de la libertad de circulación reconocida tanto por la Constitución (art. 19.2 CE) como por instrumentos internacionales (art. 13.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 12.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y nunca podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos (art. 19 párr. 2º CE). Así, según el art. 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos este derecho sólo podrá ser objeto de restricción cuando sea necesario "para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros".

De estas indicaciones se desprende que el delito previsto en el art. 597 CP exija como requisito para su aplicación que la libertad de circulación haya sido restringida, prohibiendo el Gobierno la salida del país. Con todo, y para que este precepto no suponga un delito de mera desobediencia, debe relacionarse con el bien jurídico protegido, esto es, con la seguridad y la independencia del Estado, de manera que serán atípicas las violaciones de las prohibiciones que haya impuesto el Gobierno por otros motivos, de forma que no todas las causas que enumera el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos para restringir este derecho podrían integrar la prohibición exigida por este tipo penal. Además, el traspaso o intento de traspaso de la persona que se encuentra en España debe ser idóneo para poner en peligro la seguridad o la independencia del Estado.

Aun en ausencia de cualquier elemento subjetivo del injusto en el sujeto activo, el delito es doloso, por lo que el autor deberá conocer la prohibición del Gobierno de pasar o intentar pasar a país enemigo. Por otra parte, el precepto penal equipara la consumación a la tentativa del delito, al utilizar la expresión 'pasare o intentare pasar', a diferencia del art. 135 ACP, que únicamente contemplaba la figura de la tentativa. Sin embargo, no haber logrado el objetivo de entrada en país enemigo deberá valorarse en la individualización judicial de la pena, lamentablemente, dentro del mismo marco penal previsto también en el caso de alcanzarla". Vid. GUARDIOLA LAGO, M. J., "Comentario al artículo 597 CP", en *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo II, 7ª ed., ebook, Pamplona 2016.

TERCERA LECTURA

Gili Pascual, A. (2017). *Corrupción privada pasiva*. Elementos específicos. En Gili Pascual, A. (2017). *El delito de corrupción en el sector privado*. Madrid, España. Marcial Pons, pp.129-210.

Se analiza los elementos específicos de la corrupción privada; buscando delimitar claramente a los sujetos activos del tipo penal, así como la acción típica y la actuación en calidad de dependiente.

ANTONI GILI PASCUAL

**EL DELITO DE CORRUPCIÓN
EN EL SECTOR PRIVADO**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2017

La colección *Derecho penal y Criminología* publica aquellos trabajos que han superado una evaluación anónima realizada por especialistas en la materia, con arreglo a los estándares usuales en la comunidad académica internacional.

Los autores interesados en publicar en esta colección deberán enviar sus manuscritos en documento *Word* a la dirección de correo electrónico manuscritos@derechopenalycriminologia.es. Los datos personales del autor deben ser aportados en documento aparte y el manuscrito no debe contener ninguna referencia, directa o indirecta, que permita identificar al autor.

Puede encontrarse más información sobre la colección en la siguiente página web: www.derechopenalycriminologia.es.

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Antoni Gili Pascual
© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ (91) 304 33 03
www.marcialpons.es
ISBN: 978-84-9123-318-3
Depósito legal: M. 25.610-2017
Diseño de la cubierta: ene estudio gráfico
Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.
Impresión: ARTES GRÁFICAS HUERTAS, S. A.
C/ Antonio Gaudí, 15
Polígono Industrial El Palomo - 28946 Fuenlabrada (Madrid)
MADRID, 2017

CAPÍTULO III

CORRUPCIÓN PRIVADA PASIVA. ELEMENTOS ESPECÍFICOS

1. SUJETO ACTIVO

1.1. Directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad

1.1.1. *El dependiente*

La corrupción privada pasiva se configura como un *delito especial* al enumerar el art. 286 bis.1 CP de forma tasada el círculo de sus únicos posibles autores¹. Aunque en primera instancia la relación de sujetos enumerados —hasta cuatro— pueda parecer que alude a categorías diferenciadas y nor-

¹ Dependiendo de las precisiones conceptuales que se manejen, el delito se configuraría no como delito especial en sentido estricto, sino como delito de posición. En esta clase de delitos el núcleo de la conducta típica no es la infracción de un deber específico sino que la restricción del círculo de sujetos activos obedece a que estos se hallan en una posición idónea para lesionar el bien jurídico, de modo que la posición opera como requisito típico para otorgar relevancia penal a la conducta (véase ROBLES PLANAS, 2003: 241). En este sentido, la heterogeneidad de los sujetos mencionados (en realidad fruto de la acumulación de los aludidos por la normativa europea y los añadidos por el legislador español por temor a eventuales lagunas típicas) da precisamente idea de que lo trascendente a efectos del tipo no es su específica cualidad personal (los deberes específicos del administrador son muy distintos a los de un simple empleado laboral de la empresa), sino que lo relevante es la posición que ocupan para lesionar el bien jurídico a través de la concreta forma de ataque que se ha querido elegir (la corrupción). La precisión resulta de particular interés para fijar el tratamiento ideal que debería recibir la contribución del *extraneus* (sobre esta cuestión, *infra*, cap. V, 3). Utilizando una categorización propia, véase también GÓMEZ MARTÍN (2016: 1011 ss.), que ha señalado que en algunos delitos especiales de posición (delitos especiales en sentido estricto, por contraposición a los que denomina delitos especiales en sentido amplio o delitos especiales con elementos meramente tipificadores —sobre la distinción, cfr. GÓMEZ MARTÍN, 2012: 21 ss.—) concurriría junto al fundamento organizativo (posición especial respecto al bien jurídico), a un segundo nivel, la infracción de un deber jurídico especial de naturaleza extrapenal, y ello tanto en los delitos especiales de posición institucional (consistentes en el incumplimiento de una función institucionalizada, como ocurre en los delitos de funcionarios) como en los delitos especiales de posición no institucional, entre los que se localizaría, como delito de posición con infracción de deber, el delito de corrupción privada.

mativamente bien definidas, se trata en realidad de una enumeración poco taxativa, en la que buena parte de las figuras mencionadas carecen de referentes técnicos precisos y cuyos contornos pueden además superponerse, al menos parcialmente, con facilidad. Solo dos de ellos, por lo demás, venían recogidos en la Decisión Marco de 2003, de la que trae causa el precepto. La relación final (que alude a directivos, administradores, empleados y colaboradores) es, en realidad, fruto de la acumulación de la terminología propia de la DM que fue objeto de transposición con otra añadida por el legislador español con la finalidad esencial de prevenir posibles lagunas de punición. A lo primero se deben las referencias al *directivo* y al *empleado*, pues la referida Decisión Marco contenía tanto en su art. 1.º, al definir la expresión *incumplimiento de obligaciones*, como en su art. 2.º, al hacer lo propio con las conductas de corrupción activa y pasiva, la referencia a personas que desempeñasen *funciones directivas o laborales* de cualquier tipo para una entidad del sector privado. Las dos referencias restantes, al *administrador* y al *colaborador*, fueron las añadidas por el legislador español.

Con esta relación resultante viene a equipararse a efectos punitivos el tratamiento de personas con cargos, competencias y responsabilidades muy diversas en relación con la sociedad o empresa de la que dependen², lo que plantea también dudas en relación con los principios de igualdad y proporcionalidad. Tales posibles distorsiones deberán reconducirse a través de la atenuación facultativa que contempla el apdo. 3.º del art. 286. bis atendiendo «a la trascendencia de las funciones del culpable», precepto que sale así al paso de las eventuales desproporciones punitivas resultantes y en el que por ello, en tono crítico, pudo ver Queralt la prueba de que el legislador no estaba muy seguro de lo que hacía³ al configurar el círculo de sujetos activos. De esta aturullada y poco precisa acumulación de posibles autores sí puede extraerse, al menos, un criterio de interpretación: la voluntad expansiva en la determinación de este elemento del tipo, que tiende a acoger a cualquier dependiente del corrupto con independencia de su jerarquía en el seno de la empresa, aunque, como se verá, esta connatural tendencia expansiva del tenor literal deberá reconducirse en algunos extremos por vía hermenéutica.

Para finalizar su presentación, una última precisión de orden terminológico. En este trabajo se emplea el término *dependiente* como género para aludir a las cuatro categorías de sujetos activos posibles (directivo, administrador, empleado o colaborador) porque es esta condición la que los caracteriza en el seno de esta tipicidad. «Dependencia» supone aquí actuación por cuenta de otro no en el sentido laboral, sino de prestación de servicios

² De hecho, el propio orden en el que se enumeran los sujetos activos no atiende a su grado de vinculación institucional (que, de mayor a menor, debería ser el de: administrador, directivo, empleado y colaborador).

³ Refiriéndose al Proyecto: QUERALT JIMÉNEZ, 2010: 18.

con deberes de fidelidad hacia un principal, ya sea formando parte o no de la estructura empresarial de este, y con capacidad para vincularle en sus relaciones comerciales *ad extra*, hacia el mercado⁴. Ello se separa de un uso del término en sentido restringido que lo entienda como equivalente al de *empleado*, y es lógicamente independiente de que alguno de esos sujetos pueda también realizar sus propias actividades como entidad autónoma (como ocurre con el colaborador persona jurídica, que a su vez podrá competir en sus actividades con otros empresarios en la adquisición de bienes o servicios o en las relaciones comerciales), del mismo modo en que resulta ajeno, en fin, a la caracterización como «independiente» que desde otros puntos de vista pueda darse a alguno de los sujetos activos, como ocurre con el agente, al que la propia Ley 12/1992, de 27 de mayo, le atribuye precisamente esa cualidad de independencia para poder ser tal, presumiendo incluso la dependencia a sus efectos «cuando quien se dedique a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, no pueda organizar su actividad profesional ni el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios» (art. 2.º Ley 12/1992).

1.1.1.1. Empleados y directivos

Son precisamente las procedentes de la normativa supranacional, las referencias que requerirán de menor comentario.

El término *empleado* resulta el más fácilmente identificable desde el punto de vista formal, pues técnicamente lo es quien se halle vinculado al principal —que es quien opera directamente en el mercado— a través de un contrato laboral. Paradójicamente, esta sencillez en su definición formal resuelve poco en lo que a taxatividad se refiere, dada la amplitud de relaciones laborales posibles. Ello obligará a plantearse la procedencia de una interpretación teleológica que vincule de forma concreta la cualidad de empleado con el ejercicio de funciones específicas en la contratación de bienes y servicios o en las relaciones comerciales *ad extra* del principal, cuestión que tanto por su extensión como por afectar en general a todos los dependientes (y no solo al contratado laboral) se tratará más adelante⁵.

La amplitud del concepto de empleado, por otra parte, permitiría ya abarcar, al menos en un buen número de casos, al de *directivo*, también usado por este precepto. De hecho, una de las posibles líneas de interpretación de esta última referencia pasaría precisamente por concebirlo como un concepto normativo ya valorado, que lo identificaría con el perfil establecido en el RD 1382/1985, de 1 de agosto, que regula la relación laboral de carácter

⁴ Sobre el significado de la actuación en calidad de dependiente, *infra*, cap. III, 3.

⁵ *Infra*, cap. III, 3.

especial del personal de alta dirección⁶. Esta norma hace hincapié para fijar el contenido de esta relación laboral en la recíproca relación de confianza entre el alto directivo y la empresa, lo que lleva al legislador a conferir un amplio margen al pacto entre las partes en este tipo de contratos. Conforme al art. 1.2 de la citada norma, «se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad solo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad».

De todos modos, la extensión de la relación de sujetos contenida en el art. 286 bis.1 CP casa mal con una interpretación encorsetada del término *directivo* como la acabada de indicar. Además, aquella extensión convierte en vanos cualesquiera esfuerzos de delimitación precisa respecto de los otros sujetos enumerados, dado que a través de estos últimos podrán acabar encontrando acomodo en el ámbito típico cualesquiera dependientes o representantes del empresario⁷. Máxime cuando, justamente por la extrañeza del término «directivo» en nuestra legislación mercantil, el legislador se decidió a incluir el más habitual concepto de *administrador* precisamente ante la eventualidad de que este no estuviese, como de hecho no estaba, correctamente abarcado por el concepto de *directivo*.

La misma reflexión en el sentido de relativizar las conceptualizaciones estancas entre directivo y administrador puede hacerse con respecto al contenido del art. 5.º de la Decisión Marco, precepto que al referirse a la responsabilidad de las personas jurídicas por corrupción privada funde aspectos de ambas categorías al aludir como titulares de un *cargo directivo* a las personas físicas que en el seno de dicha persona jurídica ostenten: «(a) un poder de representación de dicha persona jurídica (b) una autoridad para tomar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o (c) una autoridad para ejercer el control en el seno de dicha persona jurídica».

1.1.1.2. Administradores

Como se ha dicho, el concepto de *administrador* es el primero de los dos añadidos por el legislador español a la relación que derivaba de la Decisión Marco de 2003. Su inclusión expresa arranca en realidad en el Anteproyecto de 2008, pues no la contemplaron aún los Anteproyectos y Proyectos anteriores a aquel (los de 2006 y 2007). La razón de esta inclusión, la ya

⁶ Siguiendo esta línea de interpretación, véase ENCINAR DEL POZO, 2016: 291.

⁷ En este sentido ENCINAR, que identifica el concepto con la definición del RD 1382/1985, señala que al no existir en numerosas entidades la figura laboral específica de directivo podrán ser de aplicación las restantes categorías típicas.

señalada: el temor a la insuficiencia del concepto de directivo para abarcar esta categoría. En efecto, como ya entonces expusiera el Informe del CGPJ al citado Anteproyecto, en nuestro sistema jurídico mercantil y laboral el concepto de directivo no incluye a los administradores, por lo que —se sugería— o bien la transposición de la norma supranacional debía traer consigo la del propio concepto de directivo o bien había que optar por «la inclusión expresa en el tipo de los administradores —por cierto, de hecho o de derecho—, ya que estos no son directivos, empleados ni colaboradores en nuestro derecho».

a) Administrador de hecho y de derecho

Si bien el sentido general de la crítica expresada en el Informe CGPJ fue efectivamente asumido por el legislador, incorporando en consecuencia al texto definitivo la referencia a los administradores, nada se dijo acerca de la adjetivación tradicional de estos como «de hecho» o «de derecho», cuya inclusión también era no obstante reclamada en aquel mismo informe.

1. Como resulta evidente, el concepto de administrador incluye sin ningún género de dudas y por derecho propio al denominado «administrador de derecho», por el que, como recordaba por ejemplo la STS 816/2006, de 26 de julio, «se entiende en cada sociedad a los que administran en virtud de un título jurídicamente válido, y en la sociedad anónima los nombrados por la Junta General [refiriéndose al derogado art. 123 LSA]. O, en general, a los que pertenezcan al órgano de administración de la sociedad inscrita en el Registro Mercantil». Se trata, en suma, de un término normativo ya valorado que debe interpretarse a la luz de la legislación mercantil⁸, de modo que ostentará el cargo de administrador de derecho «la persona física dotada de las facultades que la ley atribuye a la figura del administrador —según la clase de sociedad—, nombrado por el órgano social competente, en virtud de acuerdo social formal y sustancialmente válido y debidamente documentado, que haya aceptado el nombramiento y se halle vigente, habiéndose practicado la inscripción en el Registro Público competente»⁹. Podrá tratarse, pues, de un administrador único (a quien corresponderá necesariamente el poder de representación), de varios administradores que actúen solidariamente, de dos administradores que lo hagan conjuntamente (en cuyo caso el poder de representación se ejercerá mancomunadamente), de un Consejo de Administración que actúe colegiadamente o también en este último caso de Consejeros Delegados a los que conforme a los estatutos sociales se les haya atribuido el poder de representación (véase art. 124 Reglamento del Registro Mercantil).

⁸ FARALDO CABANA, 2015: 53.

⁹ Recoge la definición BACIGALUPO SAGGESE, 2015: 465.

2. También son administradores «de derecho», es verdad, el administrador judicial y el administrador concursal, pero la recepción de ventajas injustificadas por su parte deberá ser en su caso tratada como cohecho, tal y como expresamente determina el art. 423 CP, sin perjuicio de la posible relación concursal¹⁰.

3. Donde acaso sí pudiera surgir alguna duda, al haberse silenciado aquella adjetivación habitual, es en relación con la contemplación o no del «administrador de hecho». Esta es una categoría amplia, en la que deben incluirse no solo los supuestos societarios patológicos, en los que el nombramiento presenta alguna irregularidad, sino también aquellos en los que el sujeto ostenta un dominio real en la gestión societaria, incluyendo no solo al administrador de hecho notorio sino también al oculto, que actúa bajo otra apariencia o permanece en la sombra. Así lo certificaba la STS 816/2006, antes citada, al considerar administradores de hecho a «todos los demás que hayan ejercido tales funciones en nombre de la sociedad, siempre que esto se acredite, o los que ofrezcan alguna irregularidad en su situación jurídica, por nombramiento defectuoso no aceptado, no inscrito o caducado; o, prescindiendo de conceptos extrapenales, toda persona que, por sí sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad, y quien de hecho manda o gobierna desde la sombra»¹¹. Se trata pues de un concepto extenso que no debe limitarse a lo que como tal consideraría una perspectiva estrictamente mercantil, en virtud de la cual sería administrador de hecho solo el que aparenta serlo de derecho¹², sino también todo aquel que ejerce un dominio efectivo sobre la estructura social con el reconocimiento, siquiera sea tácito, de la entidad¹³. Este concepto material, marcado por el ejercicio real de funciones de administración, es el

¹⁰ Sobre el concurso ideal entre el delito de cohecho (arts. 420 y 424) y la corrupción privada, *infra*, cap. VII, 3. A mi juicio la posibilidad de ser sujeto activo idóneo del delito de cohecho no excluye por sí sola la eventual apreciación de un concurso delictivo con el art. 286 bis.1 CP en estos casos.

¹¹ En el mismo sentido, subraya la STS 59/2007, de 26 de enero, que en la concepción del administrador de hecho no ha de estarse a la formalización del nombramiento, de acuerdo a la respectiva modalidad societaria, ni a la jerarquía ni al entramado social, sino a la realización efectiva de funciones de administración, al poder de decisión de la sociedad o a la realización efectiva de funciones de dirección. En la resolución se destacan, además, dos características relevantes de este concepto, cuales son la de la participación de forma permanente en la gestión y la no sujeción a esferas superiores de aprobación o decisión. Véase, también, STS 598/2012, de 5 de julio.

¹² Con lo que solo entraría en esta consideración aquel administrador de derecho cuyo nombramiento hubiera caducado, el nombrado como de derecho en el que concurrieran causas insalvables de prohibición, incapacidad o inhabilitación que no hubiesen sido detectadas por quienes le nombraron y aquellos cuyos nombramientos o ceses no hubiesen sido aún inscritos en el Registro Mercantil, ostentando en todos los casos apariencia de tener atribuidas facultades suficientes (BACIGALUPO SAGGESE, 2015: 466).

¹³ *Ibid.*: 466; ampliamente, sobre el concepto de administrador de hecho y su problemática, puede verse FARALDO CABANA, 2015: 55 y ss.

que quedó finalmente plasmado en la Ley de Sociedades de Capital, cuyo art. 236, conforme a la redacción dada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, establece en su apdo. 3.º que la responsabilidad de los administradores se extenderá también a los administradores de hecho, teniendo tal consideración «tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad».

Pues bien, al respecto, consideró por ejemplo Cortés Bechiarelli, en contra del sentir mayoritario, que la exclusión de los administradores de hecho no podía atribuirse al olvido del legislador, sino que constituía una desatención intencionada de lo sugerido por el CGPJ, de modo que los administradores de hecho deberían entenderse excluidos del círculo de sujetos activos de la corrupción pasiva¹⁴. Dicha opinión se hacía descansar en la génesis legislativa y en argumentos sistemáticos. Así, señaló este autor que la tradicional distinción entre administradores de hecho y de derecho contenida en nuestro Código Penal era perfectamente conocida por el legislador cuando aprobó la norma, no solo a través de la tipificación en su momento de los delitos societarios sino también a través de preceptos incluso más cercanos a la corrupción privada como el art. 282 bis, incluido en la misma Sección de los delitos relativos al mercado y a los consumidores y producto precisamente de la misma reforma operada por la LO 5/2010. Ante esta realidad —argumentaba en consecuencia— «si sabiendo esto [el legislador] decide redactar un precepto nuevo con la mención expresa a unos administradores y otros, y cuatro artículos más adelante no lo hace, este hecho no debiera ser inocuo para el intérprete doctrinal o jurisprudencial, por muchas lagunas de impunidad que se quieran encontrar»¹⁵.

En mi opinión, este razonamiento sería enteramente válido si la redacción se refiriese solo expresamente al «administrador de derecho», de donde *a contrario* habría efectivamente que concluir excluyendo al «de hecho». Pero no lo dice. El tenor literal alude sencillamente al administrador, *ergo* en principio a cualquier tipo de administrador, y el de hecho también lo es. Interpretación pues meramente extensiva, que no analógica, que no puede a mi entender censurarse¹⁶.

Dos parecen ser, en definitiva, las conclusiones más importantes a retener sobre este particular. Primera, que no hay razón para excluir del ámbito

¹⁴ CORTÉS BECHIARELLI, 2012: 91 y ss. También entienden excluido al administrador de hecho BAUCCELLS LLADÓS/GUARDIOLA LAGO, 2014: 265; MENDOZA BUERGO, 2011: 439 o QUERALT JIMÉNEZ, PE: p. 626.

¹⁵ CORTÉS BECHIARELLI, 2012: 92.

¹⁶ En opinión de CORTÉS BECHIARELLI, en cambio, la única opción que contaría con soporte constitucional pasaría por la modificación del precepto, no por la mera inclusión del administrador de hecho a través de la exégesis jurisprudencial (2012: 92, n. 21 *in fine*).

típico al administrador de hecho, como ya ha sostenido de forma constante la posición mayoritaria¹⁷. Segunda, que aunque la hubiera —que no la hay— esta figura seguiría teniendo cabida en otros conceptos, como pudiera ser en último extremo el de *colaborador*¹⁸ o el más cercano de *directivo*, lo que en definitiva vacía de contenido práctico cualquier discusión más extensa sobre esta cuestión. Recuérdese por cierto, en relación con el último concepto mencionado (el de *directivo*), que este era ya utilizado por el antiguo art. 15 bis del derogado Código Penal (1973), homólogo del actual art. 31 CP, en el que se regulaba la responsabilidad en nombre de otro precisamente refiriéndola literalmente al «que actuare *como directivo* u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma», y que el entendimiento de que en dicho artículo se incluía también la figura del «administrador de hecho» como uno de los «directivos» a los que esa norma aludía ya había sido proclamado en diversas Sentencias del Tribunal Supremo, como la de 30 de noviembre de 1990. De modo que, aunque ciertamente puede desconocerse la concreta razón por la que el legislador no incluyó la adjetivación habitual del administrador como de hecho o de derecho, parece bastante evidente que pudo hacerlo simplemente desde la convicción y con la tranquilidad de que dicho concepto tenía ya efectiva y suficiente cabida en el de *directivo*, evitando con ello tener que abultar más aun una ya extensa descripción del círculo de posibles autores del delito.

En este mismo sentido, también Castro ha entendido que la posible explicación de tal ausencia podría encontrarse justamente en que «uno de los supuestos clásicos de administrador de hecho en el ámbito societario sea, precisamente, la figura del *directivo*, entendida como aquellas personas que ejercen el poder de representación de la empresa, o bien que tienen la autoridad para adoptar decisiones sobre ella o para ejercer su control. De modo que el legislador habría considerado que con la misma ya se da cobertura suficiente a los supuestos de administración de hecho»¹⁹. Dicho autor traía también a colación otra reflexión histórica que reforzaría este planteamiento. Se trata del hecho de que en relación con los delitos societarios en la fase de elaboración del Código vigente las propuestas de redacción existentes en los distintos Proyectos barajaron la posibilidad de aludir a los directores o gerentes como posibles sujetos activos en esos delitos como alternativa a la mención de los administradores de hecho o derecho que finalmente se impuso, lo que evidenciaría su carácter intercambiable o sinónimo. Sencillamente, pues, el legislador habría preferido en esta ocasión entenderlos incluidos en

¹⁷ BOLEA BARDÓN, 2015: 10; BAÑERES SANTOS/NIETO MARTÍN, 2006: 221; CASTRO MORENO, 2010a: 295 y ss.; VENTURA PÜCHSEL, 2010: 674; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, 2013: 361; ENCINAR DEL POZO, 2016: 291 y ss.; NAVARRO FRÍAS/MELERO BOSCH, 2011: 10.

¹⁸ Lo que sostuvo con anterioridad el propio autor antes citado: CORTÉS BECHIARELLI, 2010: 231.

¹⁹ CASTRO MORENO, 2010a: 296.

la mención a directivos y empleados, en aras de una plasmación más directa de la terminología apuntada por la Decisión Marco 2003/568/JAI²⁰.

La conclusión de que el administrador de hecho puede ser autor idóneo de este delito es pues, en mi opinión, clara. Pero hay que puntualizar que así lo considero por razones hermenéuticas como las expresadas y también por el hecho de que realmente no se entendería en otro caso la inclusión como sujetos activos de otras categorías con menor vinculación con la empresa o sociedad, como es el caso de los simples colaboradores o empleados de cualquier clase²¹; mientras que debo, en cambio, expresar mis reservas sobre otro argumento sistemático también frecuentemente invocado para reforzar dicha conclusión: la relación del art. 288 con el art. 31 bis del Código Penal²².

Con anterioridad a la reforma de 2015 se había señalado que, en la medida en que el art. 288 preveía la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de corrupción privada «de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis» y que el citado art. 31 bis aludía expresamente entonces tanto al administrador de hecho como al de derecho como eventuales generadores de la responsabilidad²³ de la persona jurídica, ambas categorías —siguiendo esta argumentación— deberían entenderse recogidas en el tipo para evitar una interpretación incongruente entre el art. 288 y el 286 bis que le precedía.

La reforma operada por la LO 1/2015 modificó el art. 31 bis CP, que dejó de aludir literalmente, en lo que aquí interesa, a los *administradores de hecho o de derecho*. No obstante esta falta de mención expresa, la vigencia del argumento se mantuvo en pie (a mi juicio incorrectamente, por lo que diré), al entenderse (esto sí correctamente) que la categoría del administrador de hecho estaba igualmente incluida ahora en la definición que aporta el art. 31 bis.1.a) CP²⁴. «No se puede entender de otra manera —indicó Encinar— la mención a “sus representantes legales” o las personas que ‘actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica,

²⁰ *Ibid.*

²¹ Coincidente, BOLEA BARDÓN, 2015: 10.

²² ANDRÉS DOMÍNGUEZ, 2013: 361; PÉREZ FERRER, 2012: 16; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2013: 704 y ss.

²³ El art. 31 bis.1 CP vigente hasta el 30 de junio de 2015 señalaba que «en los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y *administradores de hecho o de derecho*».

²⁴ Según el art. 31 bis.1 CP: «En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma».

están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma», con lo que a su juicio «ambas categorías conceptuales se enc[ontrarian] incluidas de tal manera en el art. 31 bis CP, sin que [fuese] preciso que expresamente se utili[zase] el *nomen iuris* de administrador de hecho y de Derecho»²⁵.

El argumento es acertado y totalmente pertinente en lo que se refiere a la pervivencia del administrador de hecho en el art. 31 bis. Como indica Gil Nobajas, con este cambio el legislador no hizo sino volver en este punto a la versión del artículo dada por el Anteproyecto de 2006, y tal modificación no desvirtúa, sino que antes avala, la inclusión del administrador de hecho que aparece precisamente definido ahora en sentido material²⁶, de modo que la nueva regulación del art. 31 bis habría pasado simplemente «de una mención basada en la denominación formal del estatus del sujeto que con su actuación delictiva puede comprometer la sanción penal de la entidad (administrador de hecho o de derecho) a una descripción basada en las funciones ejercitadas por este»²⁷. Sin embargo, aunque el art. 288 efectivamente no distingue entre las dos modalidades de corrupción, en realidad cuando se habla de corrupción privada pasiva no puede activarse el mecanismo de generación de responsabilidad de la persona jurídica, desde el momento en que si el administrador de esta, ya sea de hecho o de derecho, actúa en beneficio directo o indirecto de aquella, como requiere el art. 31 bis, la conducta será atípica como corrupción pasiva (aceptación de ventajas en provecho de la empresa a la que se representa)²⁸. En este sentido, decía, no puedo compartir la validez del argumento sistemático que, ya sea con su versión actual o con la derogada, se ha apoyado en el art. 31 bis para sostener la inclusión del administrador de hecho entre el círculo de posibles autores —del mismo modo en que tampoco me parecen válidos otros razonamientos sistemáticos menos frecuentemente utilizados—²⁹, si bien suscribo evidentemente la conclusión con base en las otras razones expresadas.

Por último, en relación con el administrador de hecho debe anunciarse aquí una precisión que habrá que retomar más adelante al tratar la cuestión de la ausencia del empresario entre el círculo de sujetos activos³⁰, pues es a esta cuestión a la que realmente afecta. Se trata de dejar constancia de la impropiedad, a mi entender, de estimar incluido en el tipo al titular de la em-

²⁵ ENCINAR DEL POZO, 2016: 294.

²⁶ GIL NOBAJAS, 2015: 584 y ss.

²⁷ *Ibid.*: 593.

²⁸ *Infra*, cap. IV, 2.3 y cap. VIII, 2.

²⁹ En efecto, tampoco considero convincentes otros invocados de forma menos habitual, como la relación que pudiese tener el art. 286 bis con el derogado delito de administración desleal societaria del art. 295, cuya literalidad englobaba a los administradores de hecho y de derecho (así, GIL NOBAJAS, 2015: 594).

³⁰ *Infra*, cap. III, 1.3.

presa por la vía de constatar que en un concreto sentido este, el empresario, puede ostentar la condición de administrador de hecho. A diferencia de lo que ha patrocinado un sector de la doctrina³¹ considero inexacto entender que una vez admitida la inclusión del administrador de hecho como autor idóneo no exista ya inconveniente para considerar englobado por esa vía al titular de la empresa.

b) Articulación de la responsabilidad del administrador.
El papel del *compliance officer*

De mayor alcance y complejidad que decidir acerca de la inclusión del administrador de hecho como sujeto activo apto en el delito de corrupción pasiva —inclusión que, como se ha dicho, parece clara— puede resultar la precisión de algunos aspectos que afectan a la propia articulación de su responsabilidad, sea este administrador de hecho o de derecho.

1. Como resulta obvio, el administrador puede por sí mismo y activamente recibir, solicitar o aceptar beneficios no justificados, ya sean para sí o para un tercero, y actuar entonces en forma típica, exactamente igual que pueden hacerlo el resto de los sujetos especiales mencionados en el art. 286 bis.1 CP. Pero también es posible que por la especial posición de aquel en la empresa —y a diferencia ahora de lo que ocurrirá, al menos con carácter general, con el resto de los sujetos mencionados en el precepto—, también deban ser valorados penalmente en relación con el administrador otros comportamientos mantenidos en el seno de la empresa por terceros, dado su papel de garante originario y el deber de supervisión y control que residualmente le compete en supuestos de delegación, o, en el caso de estructuras horizontales de administración, dado el déficit organizativo que pueda eventualmente advertirse en el ámbito de competencia de otro administrador, pese a que en principio tales estructuras se rijan por la división del trabajo y de la responsabilidad.

2. Como cuestión previa interesará aclarar que la responsabilidad del administrador, a diferencia de lo que ocurre con la corrupción activa, aquí no interesa a efectos de lo dispuesto en el art. 31 bis CP. El rol del administrador como mecanismo de generación y traslación de responsabilidad penal hacia su propia empresa, posible en muchos otros delitos (entre ellos, insisto, la corrupción activa), debe ser en cambio descartado en este, dado que cualquiera de los dos mecanismos de transmisión de dicha responsabilidad, previstos en las letras *a)* y *b)* del apdo. 1.º del art. 31 bis, requieren de la *actuación en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en beneficio directo o indirecto* de esta, circunstancia que no puede darse en relación con

³¹ GIL NOBAJAS, 2015: 595.

el apdo. 1.º del art. 286 bis CP³². Pues para tener un *delito cometido* —como reza el art. 31 bis— de corrupción pasiva se requiere justamente que la actuación sea o bien perjudicial o bien, y a lo sumo, neutra para la empresa³³, resultando en cambio atípica si se realizara en su *beneficio directo o indirecto*.

3. Sin embargo, si bien la posición del administrador no interesa en la vertiente indicada dado que ni sus propias actuaciones —por más que sea representante legal de la empresa [art. 31 bis.1.a)]— ni las actuaciones corruptas de los empleados (aunque aquel haya incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad) podrán trasladar responsabilidad penal al principal, sí se mantiene en cambio perfectamente en pie el interés de la cuestión en relación con la responsabilidad por omisión del propio administrador (no de la empresa), por no haber vigilado y controlado una recepción de ventajas típica por parte de otros empleados (es decir, una recepción de ventajas que resultan perjudiciales o al menos neutras para su propia empresa).

La articulación de la responsabilidad penal de los administradores en el seno de estructuras empresariales no es, desde luego, una cuestión que afecte exclusiva ni prioritariamente al delito objeto de estudio, sino que, bien al contrario, se trata de una problemática de carácter general y en la actualidad ya ampliamente tratada en doctrina, por lo que lógicamente debe prescindirse aquí de cualquier pretensión de desarrollo al exceder claramente de nuestro estricto objeto de análisis. No obstante, sí resulta procedente apuntar al menos algunas pautas básicas sobre su posible responsabilidad en estos casos. Al respecto, y siguiendo en esto la sintetizada exposición de Bolea³⁴, debe señalarse que una vez superado el escalón del *riesgo permitido* lo que deberá determinarse prioritariamente es si se posee o no por parte del administrador un auténtico poder de decisión en el marco de sus competencias en relación con la comisión o evitación del hecho punible en concreto. Para ello, en una separación básica, interesará distinguir los supuestos de delegación de funciones, que son propios de las relaciones verticales, de las relaciones horizontales (vgr. Consejo de Administración), en las que en principio opera el mecanismo de división del trabajo en un plano de igualdad³⁵.

En la primera estructura rige, como es sabido, un principio de desconianza que, señala Martínez-Buján, «se descompone en dos deberes: un deber de vigilar, en sentido estricto, cuya finalidad es conocer lo que hace el subordinado; y un deber de evitar la actuación del subordinado, neutralizando sus manifestaciones delictivas una vez conocidas»³⁶. En este terreno, en princi-

³² Sobre esta cuestión, *infra*, cap. IV, 2.3 y cap. VIII, 2.

³³ Sobre ello, *supra*, cap. II, 3.2.

³⁴ BOLEA BARDÓN, 2015: 16 y ss.

³⁵ *Ibid.*: 19.

³⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2014: 515.

pio la delegación de competencias o funciones (a no confundir con el mero encargo de ejecución de una función)³⁷ está llamada a tener la virtualidad de transformar las esferas de responsabilidad de los sujetos implicados en ella³⁸, de modo que dicha delegación conllevará usualmente también la transferencia de la posición de garantía del delegante al delegado³⁹. Se constituirá, hasta cierto punto, una nueva posición de garantía primaria en la persona del delegado y, por otra parte, cierta exoneración de responsabilidad del delegante⁴⁰. Pero permanecerán sin embargo en el ámbito de organización del administrador aquellas competencias residuales que obligan a la supervisión y vigilancia y de las que puede aún derivarse su responsabilidad. El delegante, en otras palabras, «no se libera por completo de su responsabilidad sobre el objeto de la delegación, sino que mantiene una posición de garantía secundaria basada en una serie de competencias residuales —deberes de control y vigilancia— sobre la actividad del delegado»⁴¹, lo que podría conllevar en ciertos casos una responsabilidad cumulativa, generalmente como partícipe por omisión, aunque podrá serlo también en concepto de autor (vgr. en supuestos de delegación defectuosa). En cualquier caso, no estará de más recordar que no puede bastar la mera existencia del deber para pasar así a castigar la mera infracción de los de vigilancia y control en la empresa, sino que debe ser determinante la relación materialmente existente, de tal modo que la responsabilidad deberá conformarse únicamente en función del riesgo realmente asumido por el administrador y no de forma genérica en relación con cualquier delito cometido en la empresa⁴². No puede bastar, en suma, la condición de administrador para la imputación de todos los resultados delictivos que puedan derivar de la actividad empresarial⁴³.

³⁷ En estos casos no existe un traspaso de ámbitos de competencia de modo que tampoco se modifican en realidad las esferas de responsabilidad entre encargante y encargado (SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ, 2013: 97).

³⁸ *Ibid.*: 95.

³⁹ BOLEA BARDÓN, 2015: 19; MONTANER FERNÁNDEZ, 2008: 157 y ss.

⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ, 2013: 95.

⁴¹ SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ, 2013: 95. Sobre la identificación de los concretos deberes residuales, cfr. SILVA SÁNCHEZ, 1997: 17; MONTANER FERNÁNDEZ, 2008: 157 y ss.

⁴² En este sentido debe valorarse positivamente que no prosperase finalmente el proyectado art. 286 bis.seis (Proyecto de 20 de septiembre de 2013) que se introducía en una nueva Sección cuarta bis del cap. XI del Título XIII bajo la rúbrica «Del incumplimiento del deber de vigilancia o control en personas jurídicas y empresas». Con él se castigaba al «representante legal o administrador de hecho o de derecho de cualquier persona jurídica o empresa, organización o entidad que care[ciese] de personalidad jurídica, que omit[iese] la adopción de las medidas de vigilancia o control que resulta[sen] exigibles para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito, cuando se d[iese] inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la diligencia debida». Con este planteamiento se venía a ampliar la responsabilidad del administrador castigándole con independencia del control del riesgo realmente asumido, con lo que se le convertía en una especie de policía interno obligado al impedimento de conductas delictivas (BOLEA BARDÓN, 2015: 24, n. 87).

⁴³ En este sentido, señalaba SILVA (1995: 371) que no puede afirmarse que todos los directivos respondan por omisión de los delitos cometidos en la empresa, sino que la posición de garantía

Este arquetipo —cabe puntualizar finalmente— no resulta exclusivamente predicable de los administradores, sino que lo podría ser en su caso también respecto de directivos y de otros empleados de diferente nivel⁴⁴.

En las relaciones horizontales, en cambio, regirá el principio de competencia, sin deberes de vigilancia y control recíprocos, de manera que cada administrador responderá de su propia esfera de competencia, separada conforme a la división del trabajo⁴⁵. Viene a regir aquí en toda su extensión, por tanto, el principio de confianza, que compartimentará la responsabilidad, si bien tampoco con un carácter absoluto. En efecto, si bien es cierto que los miembros de un Consejo de Administración no tienen el deber de organizar mecanismos recíprocos de vigilancia sobre las conductas que cada cual de ellos pueda desempeñar⁴⁶, la detección de un déficit organizativo de otro administrador sí puede determinar que decaiga la confianza en que este no incurrirá en ninguna conducta delictiva, haciendo surgir la obligación, como garante originario que se es, de evitarla⁴⁷.

4. No puede, por último, dejar de mencionarse siquiera sea brevemente el papel del responsable de cumplimiento (*compliance officer*) en el seno del entramado empresarial en relación con este delito. No, insisto, de cara a la responsabilización penal de la empresa —que es inviable que tenga origen en la comisión de un delito de corrupción pasiva— sino simplemente para clarificar su propia responsabilidad así como la posible atemperación de la del administrador.

En relación con lo primero, la responsabilidad del propio responsable del programa de cumplimiento, evidentemente resulta clave perfilar el alcance de la posición de garantía que le atañe, lo que no resulta sencillo esclarecer con carácter general habida cuenta de la diversidad y rango de competencias que pueden tener efectivamente asumidas en función de las empresas. No obstante, en ese plano general sí puede señalarse al menos la naturaleza de dicha posición, aclarando que el responsable de cumplimiento no ostenta una posición de garantía originaria⁴⁸ respecto de la corrupción

reviste en la criminalidad de empresa una naturaleza más específica: «aparece como un compromiso de contención de riesgos determinados, para bienes jurídicos determinados, en donde son las reglas de atribución y distribución de competencias las que delimitarán los concretos riesgos que deben controlarse, y las medidas cuya no adopción fundamentará la presencia de un delito omisivo».

⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ, 2013: 96.

⁴⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2014: 516.

⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, 2011b: 5.

⁴⁷ BOLEA BARDÓN, 2015: 20. Antes, y citados por esta: SILVA SÁNCHEZ (2011b: 5) o ROBLES PLANAS (2013b: 455 y ss., 458), concluyendo este último que no es neutral la conducta de los consejeros (en tanto que «competentes primarios») que adquieren el conocimiento de la actuación delictiva de otro consejero. Importante puntualizar, como añade el autor, «que en la práctica ello significará que solo una vez que se ha producido la conducta delictiva de un Consejero, los demás advertirán la situación, lo que implicará la actualización de sus deberes de garante únicamente de cara al futuro».

⁴⁸ ROBLES PLANAS, 2013c: 321.

pasiva que pueda cometerse en su empresa, sino que su posición de garante se tiene por delegación de los deberes que competen a la dirección de la empresa.⁴⁹ Como indica Robles Planas se trata a fin de cuentas de un órgano auxiliar, con una posición asimilable a la de un alto directivo, pero que no deja de tener una posición subordinada a los órganos de dirección y en la que «los deberes primarios que le incumben se reducen a evaluar los riesgos e implementar un programa de cumplimiento acorde a aquella valoración, a vigilar el cumplimiento del programa y a formar a los trabajadores y a informar a la dirección de la empresa del desarrollo, incidencias y eventuales riesgos detectados en su actividad»⁵⁰. Lo lógico es entender, por tanto, que su responsabilidad por omisión se construirá solo en relación con ese deber de investigar y transmitir información al órgano superior, auténtico competente primario, y únicamente en relación con la clase de riesgos que expresamente haya asumido controlar, entre los que puede efectivamente estar, eso sí, el de las percepciones de sobornos por parte de los empleados (al igual que los pagos, aunque me ciño en la exposición a la modalidad delictiva ahora tratada).

Esta configuración de la responsabilidad omisiva del responsable de cumplimiento, en tanto que asentada en una posición de garantía derivada, permite clarificar también la interacción con la eventual responsabilidad del administrador, competente primario, conforme a lo explicado anteriormente en relación con los supuestos de delegación, pues el órgano directivo conserva las correspondientes funciones residuales de vigilancia y control. La existencia del *compliance officer* interactuará así con la del propio administrador, pudiendo en ocasiones atemperarla (aunque esta última subsista cumulativamente con la del responsable de cumplimiento por incumplimiento del deber residual sobre los riesgos específicamente asumidos), o bien descartarla, como puede ocurrir cuando, pese a ser el administrador quien tiene las competencias directas para evitar el delito, haya sido instrumentalizado por error invencible a través de la información falsa que le haya podido proporcionar el encargado de cumplimiento, que actuaría en este caso como autor mediato⁵¹.

1.1.1.3. Colaboradores

Junto con el *administrador*, el *colaborador* es el segundo término incluido en la relación de sujetos activos del art. 286 bis.1 sin contar con una apoyatura directa en la redacción de la DM de 2003, que se refirió únicamente a personas que desempeñasen *funciones directivas o laborales*. Se trata de otro concepto indeterminado incorporado por el legislador español con la única

⁴⁹ BOLEA BARDÓN, 2015: 24.

⁵⁰ ROBLES PLANAS, 2013c: 321.

⁵¹ BOLEA BARDÓN, 2015: 22 y ss.

finalidad de prevenir la infrainclusión típica, tratando simplemente de evitar eventuales lagunas de punición aunque sin una conciencia clara de cuáles pudieran ser estas en realidad, lo que ha generado ya la consiguiente incertidumbre interpretativa.

La doctrina que se ha acercado a tan impreciso concepto ha enfatizado siempre justamente esta amplitud y lo ha definido generalmente por exclusión, poniendo después el acento en una serie de notas negativas, es decir, en características que pueden no concurrir y pese a ello seguir tratándose, precisamente por esa amplitud del concepto, de un *colaborador* en el sentido del tipo. Se ha dicho así que, por exclusión, *colaborador* sería aquel que presta servicios para la entidad privada sin ser directivo, administrador ni, singularmente, empleado. En este sentido recogían Navarro y Melero la precisión doctrinal de que los colaboradores dependientes⁵² del empresario ya se encuentran suficientemente cubiertos por las otras tres posibilidades de ser sujeto activo que recoge el precepto, sobre todo cuando se refiere al empleado. Por lo que parecería que el término *colaborador* «solo podría referirse al colaborador independiente, eso es, a quien no ostenta la condición de empleado o trabajador vinculado al empresario por una relación laboral». No obstante, conscientes de que con ello no se zanja la cuestión de su significado, continuaban las autoras interrogándose sobre la necesidad o no de una relación contractual entre colaborador y empresario⁵³, que es solo uno de los extremos susceptibles de ser planteados ante la indeterminación del concepto.

Junto a esa posible innecesariedad de relación contractual aludida en último término, la doctrina ha apuntado como decía otras características que pueden faltar sin que por ello deba dejar de hablarse de *colaborador* a los efectos del art. 286 bis. En primer lugar no tiene por qué —se ha dicho— tratarse de una relación permanente, sino que podría ser también una relación puntual o esporádica. En segundo lugar, tampoco tendría por qué necesariamente tratarse de una relación remunerada, sino que abarcaría también las mantenidas a título gratuito.

En cualquier caso, en lo que más se ha incidido doctrinalmente es en la crítica a la indeterminación aludida, siguiendo en ello la línea de lo ya denunciado tempranamente en la tramitación del Anteproyecto por informes como el del Consejo de Estado, de 15 de febrero de 2009 (que, sin embargo, propuso una sustitución de esta expresión por una —también in-

⁵² Se recuerda que el término «dependiente» se emplea en este trabajo en otro sentido, abarcando a todos los mencionados en el tipo, sin ceñirlo a los que forman parte de la estructura interna de la empresa: directivos, administradores y empleados, pero también colaboradores.

⁵³ «Tal conclusión —indicaban— no delimita suficientemente el término, planteándose si será necesario para atribuir dicha calificación la mediación de relación contractual entre el empresario y el colaborador o sí, por el contrario, esta no es determinante» (NAVARRO FRÍAS/MELERO BOSCH, 2011: 11).

determinada y en este sentido equiparable— referencia a quienes, en virtud de otra relación distinta a las enunciadas prestasen sus servicios a las entidades privadas), o el informe del Consejo General del Poder Judicial, de 28 de febrero de 2009, que —más coherentemente en este sentido— llegó a proponer la supresión del término. En el ámbito doctrinal, y título de ejemplo, refiriéndose también al Anteproyecto Ventura entendió que «semejante indeterminación no respeta[ba] el estándar de legalidad europeo, ni, por tanto el español». El Anteproyecto —indicaba— «no ofrece ninguna pista para concretar este concepto, que es, en consecuencia, incompatible con el principio de determinación de los tipos penales y, por tanto, con el principio de legalidad». Es, pues, necesario —concluía— «suprimir a los colaboradores como posibles sujetos activos», puntualizando que «probablemente lo menos complicado habría sido referirse, como hace la Decisión Marco, a personas que realicen cualquier función laboral para la empresa, sociedad, asociación, fundación u organización»⁵⁴. Este tipo de análisis crítico, con uno u otro matiz, ha sido generalizado.

Todas estas críticas a la indeterminación del concepto resultan pertinentes y compatibles. Debe tenerse en cuenta, además, que la indeterminación en los sujetos enumerados (directivos, administradores, empleados o colaboradores) está llamada a encontrar necesariamente un efecto multiplicador en la indeterminación de la que a su vez pueda adolecer la relación de los *principales* en relación con los que aquellos sujetos actúan, amplificando el problema. En este punto hay que reconocer pues que la modificación legal de 2015 tuvo un efecto positivo, pues al recortar el elenco de esos últimos eliminando la referencia a las *asociaciones y organizaciones* se disminuyó también indirectamente cierto grado de indefinición en los primeros, ya que aquellas referencias puestas en relación con el concepto de *colaborador* no podían sino aumentar exponencialmente las dudas acerca de quiénes podían cometer el delito (vgr. ¿quién debía ser considerado colaborador de una organización?). Pero está claro que resulta poco consuelo. De haber tenido claras las categorías incluibles —cosa que no tuvo— habría hecho bien el legislador en enumerarlas expresamente por el bien de la seguridad jurídica, o, en su defecto, haber empleado una fórmula alusiva a la prestación de servicios externos y concretado al menos sus rasgos básicos.

Al no hacerlo, con la redacción vigente resultan igualmente pertinentes las precisiones negativas que ha reiterado la doctrina en el sentido de que no debe tratarse de una relación laboral, sin que haga falta tampoco que constituya una relación habitual ni remunerada —si bien cabe suponer que será infrecuente este último extremo tratándose de relaciones comerciales— al

⁵⁴ VENTURA PÜCHSEL, 2010: 675. Criticando esta amplitud, cfr. también, entre otros, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2015: 385; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, 2013: 361; DE LA MATA BARRANCO, 2009: 178; OTERO GONZÁLEZ, 2011: 33; CASTRO MORENO, 2010: 295; BLANCO CORDERO, 2011: 1112 y ss.

igual que hay que suponer poco frecuente la ausencia de relación contractual, que hay que entenderla presente aunque no se haya formalizado por escrito.

Sin embargo, la corrección de las observaciones anteriores no nos resuelve quién, en sentido positivo, debe integrar el tipo por este concepto. En mi opinión, el factor de concreción más productivo a estos efectos, y conforme al que el concepto analizado deja de tener el papel de cajón de sastre que en ocasiones se le ha atribuido⁵⁵, es una exigencia que debe reputarse común para todos los sujetos activos: la necesidad de que su actuación se realice ejercitando funciones específicas en la contratación de bienes o servicios o en otro tipo de relaciones comerciales por cuenta del principal, vinculándolo en sus relaciones *ad extra*. Sobre este elemento no expreso del tipo y, sin embargo, determinante en mi opinión, se volverá, por su trascendencia, más adelante⁵⁶.

Conforme a él *colaboradores* naturales en el sentido del tipo serán en mi opinión el *agente* y el *comisionista*, si bien no exclusivamente estos.

a) Por el contrato de agencia, tal y como lo define el art. 1.º de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones. Se trata, pues, de un contrato mercantil de colaboración estable o duradero, en el que el agente constituye un intermediario independiente (que organiza su actividad profesional conforme a sus propios criterios) y que tanto puede actuar como mero negociador —es decir, como persona dedicada a promover actos y operaciones de comercio— como asumir también la función de concluir los promovidos por él.

b) Frente al anterior, el contrato de comisión (arts. 244 y ss. CCo)⁵⁷ es de tracto instantáneo y suele responder a una relación ocasional o puntual tendente a cerrar un negocio u operación mercantil concretos, en los que el comisionista podrá desempeñar la comisión contratando en nombre propio

⁵⁵ CORTÉS BECHIARELLI, 2010: 231. ORBEGOZO, *Boletín Contable Quantor*, mayo de 2011, p. 3, auguraba hace unos años su aplicación en los siguientes términos: «La inclusión del término “colaboradores” desde luego servirá como cajón de sastre para evitar argucias que tengan como fin eludir la responsabilidad penal, ya que, a la espera de pronunciamientos judiciales al respecto, es de suponer que dicho término pueda servir para dar entrada a un concepto enormemente amplio, al margen, claro está, de autónomos que a pesar de no tener relación estrictamente laboral con la empresa, presten servicios para ella».

⁵⁶ *Infra*, cap. III, 3.2.

⁵⁷ El art. 244 CCo define la comisión mercantil como «el mandato, cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista».

o en el de su comitente (art. 245 CCo). En él normalmente no existirá pacto de exclusividad, y será fórmula frecuente de retribución la fijación de un determinado porcentaje en la operación correspondiente, que generalmente se pagará por el comitente, provisiones de fondos al margen, si aquella efectivamente se culmina.

c) También podrán entrar en el tipo por la puerta del *colaborador* determinados profesionales autónomos cuyos servicios sean contratados por el principal. Piénsese, por ejemplo, en la conducta del arquitecto (profesional liberal o estudio de arquitectura en sus diversas formas jurídicas posibles —sociedad, comunidad de bienes, etc.—) que, encargado de la dirección facultativa de una obra, convence al promotor para que utilice determinados revestimientos, que suministra la sociedad A, con la que dicho arquitecto tiene acordado que facturará al promotor (sin su conocimiento) no por el precio que podría hacerlo (x) sino por otro superior ($x + y$), revertiendo después esa diferencia (y) en el arquitecto, seguidor del contrato. Se trata de una fórmula frecuente para engordar los emolumentos del profesional, por cuanto resulta más digerible presentarla de esta forma indirecta, disimulada entre la multitud de partidas que pueden conformar el contenido de cuantiosas certificaciones de obra, que presentarlas directamente al pagador como retribución por sus servicios. Sirva también este otro sencillo ejemplo: A (sociedad o empresa) desea vender un inmueble, consiguiéndole B (comisionista) un inversor (C) dispuesto a adquirirlo; con la misma estructura expuesta, A fija un sobreprecio que, sin saberlo, pagará C, y que revertirá en B⁵⁸.

En relación con los trabajadores autónomos, regulados por la Ley 20/2007, de 11 de julio, Encinar ha planteado recientemente que solo podrían ostentar la condición de sujetos activos aquellos *vinculados a una empresa mercantil*, bien por mantener con ella una relación contractual (vgr., arrendamiento de servicios), bien por sujetarse al régimen del trabajador autónomo económicamente dependiente⁵⁹, pues solo en ellos concurriría la condición de «colaborador», que faltaría sin embargo en los casos en los que el autónomo simplemente ejerce su actividad por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona o entidad, pues en estos casos se trataría de un «empresario» a efectos del art. 286 bis.1 CP (no de un directivo, administrador, empleado o colaborador, como requiere este

⁵⁸ Sobre la eventual implicación en estos supuestos de los delitos de estafa o administración desleal, *infra*, cap. VII.1 y 2.

⁵⁹ Regulado en el Capítulo III del Libro I de la Ley, arts. 11 a 18. Tales trabajadores autónomos económicamente dependientes son, conforme al art. 11, «aquellos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por 100 de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales».

precepto), con lo que su conducta de solicitud o percepción de ventajas para favorecer a un competidor frente a otros quedaría fuera del tipo⁶⁰.

No obstante, hay que puntualizar al respecto que la distinción en sí (entre autónomos por cuenta propia y autónomos vinculados a una empresa) no es realmente la que condiciona la posibilidad de ser sujeto activo de este delito de corrupción pasiva, como puede verse con el ejemplo del arquitecto que he propuesto antes. La *dependencia* en el sentido del tipo deriva de la existencia de una relación con un principal que genere el deber de actuar en el mejor interés de este (deber de lealtad *ad intra*) en el sentido ya explicado; no de la condición intrínseca del sujeto. *Dependiente*, en ese sentido, puede ser una empresa o un empresario (por ejemplo, el arquitecto autónomo —siguiendo con el caso anterior—). Lo que le da acceso al tipo no es la calificación que pueda atribuírle en función de sus criterios una ley como la 20/2007 o cualquier otra, sino la negociación de transacciones en nombre de un principal, percibiendo comisiones a espaldas de sus intereses. Si, en cambio, se actúa en nombre propio, como operador directo en el mercado (p. ej., el arquitecto elige para su despacho al proveedor de informática X porque le regala un par de tabletas para sus hijos), evidentemente queda fuera de la tipicidad.

d) En calidad de *colaborador*, en fin, pudiera entrar en función de la interpretación que se sostenga el médico, podólogo u odontólogo que prescribe medicamentos que serán en todo o en parte sufragados por una entidad aseguradora, que operaría a estos efectos como principal.

Todo lo anterior siempre que, debe tenerse en cuenta, el principal reúna la condición de *sociedad o empresa mercantil*⁶¹. En el anterior ejemplo en el que el arquitecto fija un sobreprecio en los materiales de construcción que acaba soportando sin saberlo el promotor que le contrata, la conducta estará en la órbita del art. 286 bis CP si efectivamente dicho promotor es sociedad o empresa mercantil, pero no si se trata de un particular, persona física (sin perjuicio de las responsabilidades que, en su caso, puedan proceder por el delito de estafa). Y lo mismo cabe decir en relación con el ejemplo de la venta del inmueble. Se trata en ambos casos de conductas realizadas por *colaboradores*, pero que no encajarán en el tipo por la naturaleza del principal si este es un particular, persona física, del mismo modo en que también en otros casos se podrá reunir por otro concepto la cualidad de dependiente, pero faltarles la del principal. Es, señaladamente, el caso de los *administradores de fincas*, que aunque efectivamente reúnen la cualidad de *administrador* en el sentido pretendido por el tipo, no lo son de un principal sociedad o empresa mercantil, al no reunir las comunidades de propietarios los requisitos del art. 297 CP⁶².

⁶⁰ ENCINAR DEL POZO, 2016: 454.

⁶¹ *Infra*, cap. III, 1.2.

⁶² En este sentido, ENCINAR DEL POZO, 2016: 307 y 449 y ss.

Establecido el grupo de los supuestos que de forma más natural parecen encajar en el concepto legal de *colaborador*, vayamos a continuación con otros por los que también se ha interrogado la doctrina, pero que resultan a mi entender o bien más discutibles o bien directamente descartables, explicando las razones de este parecer.

Dudoso en mi opinión es en primer lugar que pueda incluirse, al menos sin necesidad de mayores precisiones, a los *asesores* de la sociedad o empresa mercantil, aunque doctrinalmente se ha señalado a veces como autores idóneos a asesores fiscales o legales, consultores y, en general, a quienes prestan continua o puntualmente labores de asesoramiento. Así, la implicación del Derecho penal frente a asesoramientos perniciosos y en particular frente a los realizados por profesionales a cambio de ventajas ha sido interesada por diversos autores. En relación con el anterior precepto alemán de corrupción en el sector privado, Tiedemann por ejemplo había considerado indispensable su reforma para incluir como autor idóneo al titular de la empresa, «sobre todo —decía— con vistas a la prestación de asesorías por parte de arquitectos, médicos, asesores de inversión, etc.»⁶³. No obstante, una dificultad, a mi juicio, para considerar típico *ex art. 286 bis CP* el pago a un asesor (y correlativamente el cobro por parte de este) para que informe perniciosamente a un competidor es la cuestión del espectro de infidelidades con las que cabe entender concernido este delito. Sin duda estas conductas resultan reprobables, pudiendo tener desde el punto de vista competencial la relevancia que les corresponda como acto de agresión o de infracción normativa, e incluso alcanzar significación penal respecto de determinadas clases asesoramiento, como puede ocurrir en el caso del asesoramiento legal por la deslealtad (prevaricación) del abogado de acuerdo con el art. 467 CP cuando este perjudique de forma manifiesta los intereses que le han sido encomendados, lo que situaría al «corruptor» como inductor de este delito contra la Administración de Justicia al haberlo incentivado por medio de ventajas. Pero es dudoso, insisto, que la incentivación de cualquier asesoramiento pernicioso (p. ej., el estudio de mercado encargado a una empresa de publicidad) pueda situarse directamente en la órbita del art. 286 bis por el simple hecho de que quien lo encarga sea una sociedad o empresa mercantil.

Por ello, en relación con esta cuestión hay que señalar claramente que debe activarse el requisito no escrito de que la actuación se realice ejercitando funciones específicas en la contratación de bienes o servicios o en otro tipo de relaciones comerciales por cuenta del principal vinculándole en sus relaciones *ad extra*⁶⁴. Y así, por ejemplo, no debería incluirse en el tipo la conducta del asesor fiscal que es sobornado para que facilite a un competi-

⁶³ TIEDEMANN, 2010: 316, remitiendo a su contribución en *Lampe-FS*. La reforma de 2015 siguió sin incluir al titular de la empresa entre los posibles autores del delito del § 299 StGB.

⁶⁴ *Infra*, cap. III.3.

dor de su cliente la facturación real de este durante determinado ejercicio, de nuevo sin perjuicio de las responsabilidades que, por otro concepto o título de imputación, puedan derivar de la revelación o infidelidad cometida. Al delito del art. 286 bis, en definitiva, no le incumben cualesquiera infidelidades cometidas a cambio de ventajas.

Quien sí parece, en fin, que debe considerarse con seguridad excluido del ámbito típico, pero por otros motivos, es el socio de la empresa mercantil o sociedad.

Sin duda cabe conjeturar, con Bañeres y Nieto⁶⁵, la posibilidad de que el socio mayoritario presione a los administradores o al órgano de administración de la sociedad para inclinar en un determinado sentido la decisión sobre la adquisición/venta de mercancías, contratación de servicios u otras relaciones comerciales *ad extra* de aquella, favoreciendo en ello al competidor que le gratifique a él (al socio) a título particular.

Sin embargo, hay razones por las que considerarle excluido del tipo. La primera que asoma de forma inmediata nos la da aparentemente el principio de legalidad. La doctrina mayoritariamente ha apuntado en tal sentido que el socio no es ni directivo, ni administrador, ni empleado ni colaborador⁶⁶ y que la condición de socio no es equiparable a la de los sujetos incluidos en el precepto, lo que en una primera aproximación parece cierto tanto en la forma como en el espíritu de aquellos conceptos, a salvo, claro está, que concurra simultáneamente la condición de socio con alguna de aquellas cualidades (por ej., ser socio administrador), como fácilmente se sobreentiende.

Como posible vía para encontrarle un acomodo —siempre forzado— dentro de aquellas categorías, Navarro y Melero apuntaron como hipótesis a una interpretación amplia del concepto de *colaborador*, que, en todo caso —debe quedar claro—, consideraron rechazable por constituir una dilatación excesiva del tenor literal⁶⁷. No obstante, el camino para dotar al socio de posible cobertura dentro de esa literalidad que en principio le resulta tan ajena no habría de encontrarse en mi opinión forzando el concepto de colaborador, sino acaso exigiendo su máximo rendimiento al de «administrador de hecho».

En efecto, si aceptamos como nota general del concepto de *colaborador*, entre las pocas que pueden encontrarse, su carácter externo, por contraposición al resto de sujetos activos, esta circunstancia habrá de impedir que

⁶⁵ BAÑERES SANTOS/NIETO MARTÍN, 2006: 221.

⁶⁶ Vgr., NAVARRO FRÍAS/MELERO BOSCH, 2011: 11; SILVA SÁNCHEZ, 2011: 426; ENCINAR DEL POZO, 2016: 299.

⁶⁷ NAVARRO FRÍAS/MELERO BOSCH, 2011: 9: «Solo una interpretación muy amplia, en exceso, del tenor literal del precepto podría admitir la inclusión del socio en el concepto de colaborador que, en nuestra opinión, debiera ser rechazada».

el socio, que por definición forma parte de la sociedad, pueda realmente asemejarse a aquel, por extensiva que se esté dispuesto a tolerar que sea la interpretación que se haga del concepto. Sin embargo, siendo coherentes con el concepto de «administrador de hecho» que se ha defendido con anterioridad, habrá que admitir que en determinadas circunstancias el socio puede implementar dicha categoría. Así ocurrirá, según lo afirmado, precisamente cuando se trate de la persona que ostenta un dominio real de la gestión societaria, de modo que sea él quien adopta e impone las decisiones, aunque mande o gobierne desde la sombra (STS 59/2007, de 26 de enero).

Pero aunque haya que admitir efectivamente que el socio puede en su caso ser administrador de hecho y con ello implementar el concepto de *administrador* que le daría el acceso al tipo de corrupción pasiva, existen otros obstáculos. Según aquí se defiende la conducta típica requiere que sus elementos se presenten formando una determinada estructura, de modo que no basta la simple implementación formal y separada de los componentes que describe su literalidad. Por ello, si el supuesto es el anunciado, de modo que quien supuestamente se corrompe es el socio mayoritario que, *de facto*, gobierna la sociedad imponiendo los acuerdos en la Junta General, no queda sino respetar el juego de mayorías en el seno social y advertir que dicho socio ocupa a los efectos del tipo de corrupción la posición de empresario, de modo que, como se explica más adelante⁶⁸, no es autor idóneo de esta figura. Si se tratase de un empresario individual estaría sin más actuando amparado por la libertad de empresa. Aquí, en cambio, la conducta podrá, una vez más, resultar lesiva. Pero la desatención de los intereses de los socios minoritarios deberá canalizarse por otras vías, como el propio art. 291 CP si los acuerdos impuestos resultan abusivos y se adoptan en perjuicio de los demás socios sin que reporten beneficio alguno para la sociedad.

Sí, en otro caso, no se trata del socio mayoritario que gobierna *de facto* la sociedad, sino de un socio con ascendencia sobre los directivos, administradores o empleados que realizarán la contratación, no hay impedimento para que responda penalmente por el art. 286 bis CP. Pero no por ser *colaborador* (autor), sino por extenderse la responsabilidad como partícipe *extraneus* que ostentará en calidad de inductor —por tanto con las previsiones punitivas del art. 65.3 CP—, en la conducta que a título de autor realizarán aquellos directivos, administradores o empleados, al recibir no *para sí*, sino *para tercero* —como autoriza el tipo— la ventaja no justificada.

Para finalizar, una última precisión general y otra terminológica. Lo primero para dejar constancia expresa de que los *colaboradores* podrán ostentar en sí mismos considerados la condición de «empresario» (p. ej., el agente persona jurídica), pero ello en nada empece a la afirmación general, que se

⁶⁸ *Infra*, cap. III, 1.2.

desarrolla más abajo, de que el empresario no puede conforme al art. 286 bis ser sujeto activo de la corrupción privada pasiva. Pues no es en su eventual condición de empresarios u operadores directos en el mercado en términos de competencia en la que vienen aludidos en el art. 286 bis, sino en tanto que dependientes del «empresario» para el que realizan las funciones acordadas, lo que, como se explicaba al inicio —y paso ahora a la precisión terminológica— justifica que en este trabajo se emplee el término *dependiente* como género para aludir a las cuatro categorías de sujetos activos posibles (directivo, administrador, empleado o colaborador) al ser esta condición la que realmente los caracteriza en el seno de esta tipicidad.

1.2. El círculo de posibles *principales*. El operador de mercado como referente idóneo

Cualquier percepción de ventajas por parte de directivos, administradores, empleados o colaboradores será atípica si tales sujetos no están vinculados con una *empresa mercantil* o con una *sociedad*, según la redacción actual del art. 286 bis. Este listado de posibles *principales* era más extenso antes de la reforma de 2015, ya que además de a los anteriores el precepto aludía también a *asociaciones, fundaciones y organizaciones*. Parece claro que ninguna de las dos opciones que se han sucedido en la regulación española es directamente achacable a la influencia de los textos supranacionales, pues la Decisión Marco se refería genéricamente al desempeño de funciones directivas o laborales para «una entidad privada», mientras que su predecesora, la Acción Común de 1998, hacía lo propio aludiendo a la recepción de ventajas «en el ejercicio de actividades empresariales». En lo que acaso sí pueda verse una influencia de la redacción supranacional es en la extensión de la relación inicial del tipo, pues seguramente la referencia a *asociaciones, fundaciones y organizaciones*, hoy desaparecida, vino motivada por la previsión del art. 2.2 DM, que imponía expresamente la aplicación de estos delitos de corrupción privada a las actividades profesionales tanto de entidades con fines lucrativos como no lucrativos.

El recorte en el listado de *principales* practicado en 2015 vino pues inspirado por la voluntad de incluir solo a los empresarios, excluyendo de la tipicidad a aquellas entidades cuya razón de ser fundamental no fuese la de obtener un lucro en el mercado (si bien las fundaciones siguieron, conscientemente o no, incluidas en el tipo por la remisión al art. 297 CP). Pero lo cierto es que este gusto por los listados introduce limitaciones formales que hacen un flaco favor al objetivo de protección que se marca la norma, que más bien reclamaría un criterio material, de simple participación efectiva en el mercado, ya sea puntual o permanente. Pues de lo que en definitiva se trata es que las transacciones económicas respeten el principio de eficiencia, lo que convierte en razonable la toma en consideración de todo aquel que

materialmente participe en él, sin excesivos condicionantes formales ni listados cerrados. Por ello, según creo, lo que hubiese resultado definitivamente más adecuado para identificar al *principal* desde el que opera el autor en este delito hubiese sido emplear el término operador económico u operador de mercado, en línea con la *Propuesta de Código Mercantil*⁶⁹ y con el sentir general de un ámbito del Derecho que, del mismo modo en que evolucionó hace años en sentido ampliatorio desde un inicial concepto de comerciante al más extenso de empresario (para abarcar no solo a quien intercambia bienes y servicios, sino también al productor y al prestador de los mismos) lo hace actualmente hacia el concepto más amplio indicado, asimilándolo a los empresarios por cuanto se entiende que sus actuaciones en el mercado o su participación en los negocios jurídicos que en él se producen deben someterse a la regulación mercantil.

El concepto de operador económico, en suma, atiende mejor, por encima de formalidades, a la relación material que interesa desde el punto de vista penal a esta tipicidad. A título ilustrativo, en la *Propuesta de Código Mercantil*, al fijarse su ámbito subjetivo de aplicación, se definía tal concepto con considerable amplitud, estableciendo que quedaban sujetos a las normas de dicho Código los siguientes operadores del mercado (art. 2):

«a) Los empresarios. Son empresarios a estos efectos:

1.º Las personas físicas que ejerzan o en cuyo nombre se ejerza profesionalmente una actividad económica organizada de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado, incluidas las actividades agrarias y las artesanales.

2.º Las personas jurídicas que tengan por objeto alguna de las actividades indicadas en la letra anterior.

3.º Las sociedades mercantiles, cualquiera que sea su objeto.

b) Las personas físicas que ejerzan profesionalmente y en nombre propio una actividad intelectual, sea científica, liberal o artística, de producción de bienes o de prestación de servicios para el mercado.

c) Las personas jurídicas que, aun no siendo empresarios y con independencia de su naturaleza y objeto, ejerzan alguna de las actividades expresadas en este artículo, así como los entes no dotados de personalidad jurídica cuando por medio de ellos se ejerza alguna de esas actividades.

2. A los efectos de este Código, se consideran operadores del mercado las sociedades o entidades no constituidas conforme al Derecho español que ejerzan en España alguna de las actividades expresadas en este artículo».

Como se ve, un entendimiento como el propuesto, más apegado a la relación que funcional o materialmente guarda el sujeto respecto del bien cuya tutela se pretende en este delito, resulta más atendible, permitiendo deste-

⁶⁹ Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia, 2013.

rrar algunas dudas que la relación vigente obliga sin embargo a plantearse, como a continuación se expone.

1.2.1. «Empresa mercantil»

La referencia en primer término a la vinculación del sujeto activo con una *empresa mercantil* pudiera juzgarse en primera instancia superflua a la vista de que a continuación se alude a *una sociedad* como posible vínculo alternativo para el autor, y ello desde el momento en que los casos que semánticamente parece en condiciones de abarcar aquella primera expresión en principio están contemplados en el segundo concepto. Visto así se trataría de mera retórica para enfatizar la dicción legal usando más palabras de las necesarias, pero sin añadir nuevos contenidos o precisiones técnicas. Con razón pudo entonces preguntarse Silva a qué empresa mercantil sin forma societaria, pero con empleados, colaboradores, directivos o administradores propios se podía referir el texto⁷⁰.

Sin embargo, lo conveniente político criminalmente será entender que la expresión sí cumple algún rol propio e intentar, siempre sin exceder la legalidad, recoger a través de ella algún otro supuesto que con claridad no puede tener cabida en el concepto alternativo, el de *sociedad*.

1.2.1.1. Inclusión del empresario individual como *principal* (no sujeto activo)

No puede ocultarse que si se interpreta el término empresa en su sentido usual el principal riesgo de la redacción actual estriba en tener que entender excluido como principal al empresario individual, pese a que no hace falta recordar que también él puede tener directivos, empleados y colaboradores externos y que las conductas de estos pueden ser igualmente lesivas para la competencia en los términos que señala el tipo⁷¹.

Pues bien, en efecto, en principio el término *empresa* acostumbra a usarse en el ámbito mercantil en sentido *objetivo*, entendido como el conjunto de cosas, bienes o elementos que el *empresario* dispone, organiza o gestiona para ejercer su actividad económica. Mientras que este último, el *empresario*, constituye una noción subjetiva, con la que se hace referencia al que ostenta la personalidad jurídica para llevar adelante la empresa, ya se trate de una

⁷⁰ SILVA SÁNCHEZ, 2010: 425.

⁷¹ Nótese, aunque seguramente huelga la aclaración, que nos referimos aquí a la toma en consideración del empresario —individual— como principal del que depende el sujeto activo —esto es, el directivo, administrador, empleado o colaborador—; no como sujeto activo en sí mismo, lo que ha quedado argumentadamente descartado desde el inicio (cap. I, 2.2.) —tanto para el empresario individual como para el colectivo—. Sobre ello, detenidamente, *infra*, cap. III, 1.3.

persona física individual o de una persona jurídica, en cualquiera de sus posibles manifestaciones. De querer seguir este esquema, lo más razonable hubiese sido aludir al «empresario», en lugar de hacerlo a la empresa o sociedad, de modo que se hubiese abarcado con alguna coherencia interna tanto al empresario individual como al colectivo.

Con la redacción actual, para incluir al empresario individual no quedará sino acogerse a la noción subjetiva de empresa, menos común pero del todo recomendable por razones político-criminales en este caso, y entender, previo periplo hermenéutico, que con ese término se ha querido aludir a todos los empresarios, personas físicas o jurídicas, aunque a continuación se vuelva reiterativamente a aludir a los colectivos constituidos como sociedad. Es verdad que con este entendimiento amplio tal vez se podrán también incluir otros supuestos, como las Uniones Temporales de Empresas, que al carecer de personalidad jurídica estarían en principio excluidas del concepto de sociedad, pero lo que queda desde luego claro desde el punto de vista de la precisión legislativa es que no parece la elegida la opción óptima, como se ha explicado. Ni que decir tiene que acogerse al concepto amplio de operador de mercado que se ha sugerido permitiría sin dificultad abarcar a las UTE, al igual que al empresario individual⁷².

1.2.1.2. Asociaciones y organizaciones. Fundaciones

Aunque aparentemente resuelta con el actual silencio legal, otra de las dudas a las que nos aboca la redacción al no haber acogido un concepto material amplio, económico, de *principal* es la de la posible inclusión a estos efectos de las asociaciones y organizaciones. Como se ha dicho, estas estuvieron expresamente incluidas en la redacción típica hasta 2015, junto con las fundaciones. Estas últimas, las fundaciones, deben con claridad seguir entendiéndose contempladas en el precepto puesto que aparecen en el listado de las que constituyen *sociedad*, según la interpretación auténtica que de este término establece el art. 297 CP al que remite el apdo. 5.º del art. 286 bis. Se sigue por tanto para su inclusión un mero criterio formal, cual es el de ostentar esa concreta forma jurídica, con independencia de su forma de participación en el tráfico⁷³.

⁷² En la concreta Propuesta de Código Mercantil citada, el empresario individual tenía expresa cabida en el art. 2, como se ha visto. Por su parte, este documento conceptuaba expresamente como sociedades mercantiles y por tanto operadores económicos a las uniones temporales en el art. 293.1. *Noción de unión temporal de empresas*: «1. Las uniones temporales son sociedades mercantiles constituidas por dos o más personas naturales o jurídicas que tienen como objeto exclusivo la ejecución de una obra determinada o la realización de un servicio concreto dentro o fuera del territorio español».

⁷³ Aunque algunos autores requieren la participación permanente en el mercado que *in fine* menciona el art. 297, lo cierto es que dicho precepto la predica de las «entidades de análoga na-

Pero la cuestión no es tan sencilla ni pacífica en relación con el régimen de las asociaciones y organizaciones. Así, pese a haber sido nominalmente silenciadas en el tipo, destacadas voces doctrinales han seguido sosteniendo, precisamente al defender la interpretación del término «empresa mercantil» en clave material —que, como he dicho, me parece la político-criminalmente deseable—, que tanto las organizaciones como las asociaciones sin ánimo de lucro continúan ejerciendo como posibles *principales* con la redacción reformada, postulando así un concepto más económico que jurídico⁷⁴.

A favor de este entendimiento juega el hecho de que la Decisión Marco de la que trae causa esta regulación se refiriese expresamente a su aplicación tanto a entidades con fines lucrativos como no lucrativos (art. 2.2). También constituye un argumento, ahora desde el punto de vista sistemático, el hecho de que las fundaciones estén incluidas *ex lege* por razón de su forma jurídica (art. 286 bis.5 en relación con el art. 297 CP) con independencia de que se definan justamente como «organizaciones sin fin de lucro» que por voluntad de sus creadores tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general (art. 2.1 Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones). Con ello, al excluirse a las organizaciones no lucrativas se estaría consumando la paradoja, político-criminalmente hablando, de que deban entenderse protegidas penalmente frente a la corrupción las transacciones económicas de cualquier fundación de interés general pero no las de, por ejemplo, una ONG. Y es que el argumento de mayor peso, en mi opinión, es precisamente la búsqueda de la máxima coherencia político criminal que tolere el tenor literal entre el ámbito típico y el fin de protección perseguido, en interpretación teleológica. En este sentido, comparto la observación de García Albero cuando apunta que el recorte de 2015 resulta una reducción sorprendente y que, además, «parece nadar contracorriente con la admisión de la realización y desarrollo de actividades económicas de muchas de estas entidades sin ánimo de lucro»⁷⁵.

Pero es verdad que en contra de la consideración de las entidades sin ánimo de lucro como *principales* en este delito se alza hoy con especial fuerza el hecho de que las *asociaciones y organizaciones* fuesen específicamente des-terradas de una redacción de la que ya formaban parte expresa, con lo que el criterio histórico, generalmente secundario, se convierte en esta concreta cuestión en un argumento más potente de lo habitual, y ello pese a que, debe quedar claro, la literalidad del Derecho positivo no les cierra definitivamente el paso, pues de hecho ni siquiera la participación en el mercado es interpretada como exigencia de ánimo de lucro por todos los autores⁷⁶.

turaliza», de modo que las expresamente relacionadas con anterioridad ostentan la condición de sociedad atendiendo a un mero criterio formal (FARALDO CABANA, 2015: 46).

⁷⁴ GARCÍA ALBERO, 2015: 570 y ss.

⁷⁵ *Ibid.*: 570.

⁷⁶ FARALDO CABANA, 2015: 49, con ulteriores referencias.

Fijándose en esa literalidad actual Encinar sí ha optado claramente por excluir a partir de 2015 a estas entidades sin ánimo de lucro del tipo vigente. «El problema se plantea —señala— con entes que no tengan forma de fundación y no actúen con fin lucrativo, porque entonces difícilmente se podrán considerar entidades de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participen de modo permanente en el mercado». Tales asociaciones sin ánimo de lucro estarían excluidas, entiende, «porque participar de modo permanente en el mercado para lograr los fines de la entidad es, en definitiva, desarrollar una actividad comercial o mercantil con un fin lucrativo»⁷⁷.

Respecto de esta interpretación, comprensible y perfectamente lícita, hay que ser conscientes no obstante de que se apoya en la *participación permanente en el mercado*, es decir —y sin prejuzgar si a efectos penales concurre o no dicha participación en las entidades no lucrativas, lo que no es pacífico—, en su eventual falta de encaje en el concepto de *sociedad* (según el art. 297 CP). Pero ello dejaría aún abierta la posibilidad de considerarlas *principales* por la vía de interpretar extensivamente el concepto de *empresa mercantil*, y es aquí donde aparece el auténtico dilema. El que obliga a decidir si, pese a las conocidas modificaciones legales, debemos aceptar el criterio material para definir a dicha empresa, como correspondería en una interpretación extensiva conforme al bien jurídico. La clave no está pues, desde ese punto de vista, en si la entidad en sí tiene o no genéricamente una finalidad lucrativa, ni en si su participación es constante o esporádica en las transacciones comerciales, sino en que, amén de poder realizar actividades lucrativas para financiar sus fines altruistas, interviene en transacciones que pueden ser parasitadas por la corrupción, afectando a la eficiencia en el mercado en el sentido requerido por el tipo (p. ej., si el directivo de una asociación para la lucha contra determinada enfermedad se embolsa comisiones por alquilar un determinado local para su asociación, o por contratar a determinada empresa para proveer sus laboratorios, etc., desplazando con motivo de esa ventaja otras ofertas igualmente válidas en términos competenciales). Hay que ser consciente, en suma, de que la cuestión pudiera cerrarse en falso si se atiende solo al argumento histórico mencionado.

1.2.2. «Sociedad»

1.2.2.1. En general

La LO 1/2015 introdujo un apdo. 5.º en el art. 286 bis en el que se establece que «a los efectos de este artículo resulta aplicable lo dispuesto en el art. 297». Se hacía así extensiva para nuestro delito la definición auténtica de *sociedad* establecida *ex profeso* por el Código de 1995 para los delitos

⁷⁷ ENCINAR DEL POZO, 2016: 309.

societarios y con ello se vinculaba en este punto la interpretación de este delito contra la competencia en el mercado con el de tales delitos societarios, amén de ofrecerse, en otro orden de cosas, un argumento más para ratificar y robustecer la idea de que el de corrupción privada pasiva ostenta efectivamente una dimensión de *criminalidad en la empresa (Betriebskriminalität)*, esto es, de delito cometido por sus directivos, administradores, empleados o colaboradores contrariando los intereses de su principal.

Conforme a lo anterior, los directivos, administradores, empleados y colaboradores pueden actuar hoy típicamente si lo son de un empresario individual, según lo visto, y también, expresamente desde 2015 y de acuerdo con el art. 297 CP, si lo son de una «cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado». Entretanto se aprobaba esta remisión expresa la doctrina había incluido en el ámbito típico a la sociedad anónima y a la de responsabilidad limitada, así como a la regular colectiva y a la comanditaria, ya fuese simple o por acciones. Pero también a las sociedades de garantía recíproca, las sociedades profesionales, las agrupaciones de interés económico, las sociedades laborales y deportivas, la sociedad irregular, la transitoria —constituida para una única operación— y la sociedad civil⁷⁸.

Actualmente, con la vinculación del concepto de sociedad al precepto citado se tienen todas las ventajas que puede aportar la existencia de una definición auténtica, pero también se trasladan a nuestro campo los contornos específicos y con ello los problemas interpretativos de una cláusula pensada para los delitos societarios⁷⁹, que, por otro lado, no constituye tampoco modelo de taxatividad ni se ajusta especialmente al interés tutelado por nuestra norma.

Por una parte, se importan las deficiencias relativas a las entidades mencionadas específicamente en el precepto, aunque a los efectos que ahora interesan no resulta necesario detenerse en ellas⁸⁰. Pero por otra, y esto sí

⁷⁸ Véase ENCINAR DEL POZO, 2016: 305 y ss., con ulteriores referencias.

⁷⁹ Aunque, a decir de la doctrina, la extensión de la cláusula hace que se separe incluso de la pretensión originaria de los propios delitos societarios, que pretendieron castigar las conductas de los administradores contra la sociedad o sus socios, para abarcar otros supuestos. FARALDO CABANA, 2015: 52.

⁸⁰ Sobre esta relación la doctrina llamó inmediatamente la atención acerca de la superposición de conceptos (CASTRO MORENO, 1998: 205; FARALDO CABANA, 2000: 69). Tales superposiciones se mantienen actualmente, aunque sea con otros términos fruto de las modificaciones de la normativa primaria. Así, p. ej., señala FARALDO (2015: 51) como «las cajas de ahorros, mencionadas específicamente, son fundaciones, categoría también expresamente contemplada, pero además son entidades de crédito. Las entidades de crédito, de acuerdo con el art. 1.2 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Crédito, pueden adoptar cuatro formas en el Derecho español: los bancos, las cajas de ahorros, las cooperativas de crédito y el Instituto de

nos afecta de forma destacada, se hacen extensivas las dudas y controversias doctrinales y jurisprudenciales surgidas en torno al exacto alcance de la cláusula residual empleada en el art. 297 CP, que se refiere, después de las mencionadas específicamente, a «cualquier entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de forma permanente en el mercado». Con el acogimiento de esta definición tales dudas son también acogidas como propias en el ámbito de la corrupción privada, lo que proyecta importantes sombras acerca de la tipicidad de diversos supuestos específicos, como seguidamente veremos.

1.2.2.2. Supuestos excluidos o dudosos: comunidades de bienes, uniones temporales de empresas, comunidades de propietarios, entidades sin ánimo de lucro o juntas de compensación urbanística

1. Conforme a lo acabado de exponer, el primer dilema que condicionará el resultado interpretativo es el de identificar el componente que encarna la *identidad de razón* determinante de la analogía. Pues siguiendo la propia estructura de la redacción legal del art. 297 CP la afirmación de la «anóloga naturaleza» parece constituir claramente un *prius* respecto de la comprobación de la participación permanente en el mercado, lo que vendría en segundo lugar⁸¹, de modo que en buena lógica podrán existir entidades u organizaciones que participen en el mercado, incluso de forma permanente, pero que no puedan ya constituir *sociedad* a efectos penales (participación en el mercado que por otro lado, nótese, en puridad no tendría por qué ser exigida en cambio a las entidades específicamente mencionadas en el art. 297 CP, pues respecto de ellas su inclusión se produce por el mero criterio formal).

Pues bien, el elemento determinante de la consideración análoga se ha entendido generalmente que reside en la existencia de personalidad jurídica, puesto que es lo que de común tienen las entidades específicamente mencionadas en el precepto⁸². Esta interpretación, mantenida en el ámbito de los delitos societarios que le es propio al precepto, encuentra actualmente también algún refuerzo en el ámbito específico de la corrupción privada que lo toma prestado, al haberse eliminado de la redacción legal el término «or-

Crédito Oficial. Por tanto, también las cooperativas de crédito están doblemente incluidas: como cooperativas y como entidades de crédito. De hecho, se mencionan en la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (art. 104), y se regulan específicamente en la Ley 13/1989, de 26 de mayo, de Cooperativas de Crédito».

⁸¹ Este requisito aparece en una relativa para complementar el nombre, de modo que la «entidad de análoga naturaleza» es un objeto acabado cuando se predica de él como requisito la participación en el mercado. La análoga naturaleza, en otros términos, no puede hacerse depender de la participación en el mercado porque ya existe analogía antes de que se predique este requisito.

⁸² Véase FARALDO CABANA, 2015: 44 y ss., con ulteriores citas doctrinales, valorando también otros criterios ensayados doctrinalmente, como la obtención de beneficios y el ánimo de lucro, el aspecto organizativo de la sociedad o la participación estable en el mercado.

ganización» inicialmente presente⁸³, que era el único que parecía concebible sin personalidad jurídica propia.

Si esta exigencia de personalidad jurídica es correcta, ello puede excluir del ámbito típico, por ejemplo, a las comunidades de bienes. No es infrecuente que tales comunidades, reguladas en los arts. 392 y ss. CC, sean utilizadas por diversos trabajadores autónomos para ofrecer sus servicios en el mercado poniendo bienes o infraestructuras en común, a la par que es imaginable, por ejemplo, la contratación por esta de un gerente por cuenta ajena susceptible de recibir ventajas injustificadas de proveedores a cambio de su favorecimiento indebido en el mercado. Pero aunque las comunidades de bienes cuentan con capacidad de obrar en el tráfico jurídico y también en materia fiscal, donde el art. 35.4 de la Ley 58/2003, de 13 de diciembre, General Tributaria, les confiere la cualidad de obligados tributarios, tales comunidades carecen de personalidad jurídica propia, actuando cada comunero en nombre propio frente a terceros. Esta limitación formal debida a la definición de sociedad elegida podría pues dejar fuera del tipo supuestos materialmente equiparables a otros claramente incluibles, como ocurriría si en el ejemplo propuesto los implicados se hubiesen organizado como colectividad en el mercado en forma de sociedad profesional, que adquiere su personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de constitución en el Registro Mercantil (art. 8.1 Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades profesionales). Sin duda no cabe desconocer que tanto la doctrina como la jurisprudencia mercantil se han afanado en distinguir la comunidad del funcionamiento societario, reconduciendo a este último tratamiento los supuestos que de hecho tengan esta naturaleza y evitando fraudes de ley. Los criterios ensayados han sido varios (la voluntad de las partes, el origen negocial de la sociedad, la *affectio societatis*, el ánimo de lucro). Pero aunque el criterio para esa distinción pudiera considerarse claro, que no lo es⁸⁴, está igualmente servida la controversia sobre si esa interpretación mercantil puede condicionar la vida del precepto penal, o si ello sería rebasar los límites del principio de legalidad en nuestro ámbito.

Próximo al supuesto anterior, pues no en vano encuentra su fundamento último en las Comunidades de Bienes reguladas en nuestro Código Civil,

⁸³ En igual sentido, ENCINAR DEL POZO, 2016: 306.

⁸⁴ Sobre ello, señala GRIMALDOS GARCÍA (2013: 8) que «no son escasas las sentencias en las que ante la duda de si a la asociación objeto de la litis ha de aplicarse el régimen de la sociedad o el de la comunidad, eligen uno u otro atendiendo, principalmente, a la voluntad de las partes. Y ello aun cuando el objeto de la agrupación sea un negocio propio del tráfico comercial o haya ánimo de lucro y la normativa elegida fuera la de la comunidad de bienes». «Cuando hay voluntad explícita de los condueños de regirse *ad intra* conforme a los arts. 392 y ss. CC debe reconocerse sensatamente que el régimen aplicable será el así decidido por las partes aun cuando el objeto de la comunidad no sea un patrimonio estático ni su finalidad sea meramente conservativa sino, por el contrario, se trate de un patrimonio en explotación y la finalidad de la asociación sea la obtención de un lucro repartible». Véase también FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, 2011: 55 y ss.

aunque con las especificidades propias del régimen de división horizontal, son las Comunidades de Propietarios. Estas tienen a través de su representante legal capacidad para celebrar contratos laborales, contratar servicios de mantenimiento, suscribir pólizas de seguros, etc., de modo que resulta de nuevo perfectamente posible que su Presidente —representante legal⁸⁵— o su administrador incurran materialmente en las conductas proscritas por el art. 286 bis.1, y que correlativamente lo hagan en el art. 286 bis.2 los proveedores de servicios que les satisfagan comisiones por recibir un trato preferente en la contratación por parte de la comunidad de propietarios, en los términos estudiados.

Sin embargo, y aun cuando la Ley de Enjuiciamiento Civil les reconoce capacidad para ser parte en juicio (art. 6.1.5 LEC), las comunidades de propietarios las tienen como entidades sin personalidad jurídica. Pues no se la reconoció la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, que aunque en realidad barajó esta posibilidad en la tramitación parlamentaria acabó descartando dicho reconocimiento, de modo que son los propietarios, y no la colectividad, los sujetos de derechos y obligaciones, sin perjuicio de la representación por parte del Presidente. Esta denegación de la personalidad jurídica propia es por lo demás clara y constante también en la Jurisprudencia civil, como puede apreciarse tanto en resoluciones del Tribunal Supremo (vgr., STS 707/1999, de 28 de julio)⁸⁶ como de Audiencias Provinciales (vgr., SAP Madrid, Secc. 18.ª, 327/2008, de 17 de julio), o en resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado⁸⁷, habiéndose reflejado dicha realidad incluso en la jurisprudencia constitucional (vgr. STC

⁸⁵ De acuerdo con el art 13.3 de la Ley de Propiedad Horizontal, el presidente ostenta legalmente la representación de la comunidad, en juicio y fuera de él, en todos los asuntos que la afecten.

⁸⁶ En su FJ 2.º, indica la STS núm. 707/1999, de 28 de julio: «La comunidad de propietarios del edificio completo está constituida en régimen de propiedad horizontal y regulada por la Ley 49/1960, de 21 de julio, hoy modificada por Ley 8/1999, de 6 de abril; carece de personalidad jurídica (así lo destacan las Sentencias de 24 de diciembre de 1986 y 14 de mayo de 1992) pero sí se le reconoce capacidad procesal (Sentencias de 24 de diciembre de 1986, 9 de febrero de 1991 y 15 de julio de 1992) y puede demandar y ser demandada por su presidente, que tiene la representación orgánica de la misma (Sentencia de 9 de marzo de 1988), lo cual es práctica forense común e indiscutida».

⁸⁷ La resolución DGRN de 3 de marzo de 2008, p. ej., indicaba que en la Ley de Propiedad Horizontal «hay determinados aspectos cuyo lenguaje recuerda al de las personas jurídicas. Así, hay «órganos de gobierno» (art. 13.1 LPH), el presidente es el representante legal de la Comunidad (art. 13.3 LPH), la Comunidad responderá de sus deudas (art. 22 LPH), hay créditos a favor de la Comunidad [art. 9.1.e) LPH], le corresponde la titularidad del fondo de reserva [art. 9.1.f) LPH], etc.; además, nos encontramos con habituales situaciones en las que la Comunidad tiene empleados (conserjes, etc.), abona nóminas, paga la Seguridad Social por ellos, practica retenciones fiscales a los mismos, arrienda partes comunes y repercute IVA (p. ej., cartel publicitario en azotea, etc.). No obstante estas apariencias, es doctrina común la de entender que no tiene personalidad, hipótesis que se barajó en la tramitación parlamentaria de la Ley de 21 de julio de 1960 pero se consideró que no procedía tal reconocimiento». En igual sentido, vgr., la Resolución de 3 de julio de 2013, argumentando que «la Comunidad de Propietarios carece de personalidad jurídica y por tanto no puede ostentar la titularidad registral de un bien».

115/1999, de 14 de junio)⁸⁸. En el ámbito penal, por su parte, también el Tribunal Supremo se ha pronunciado de forma específica y clara acerca de su no consideración como sociedad a efectos penales, señalando precisamente su exclusión del concepto del art. 297 CP⁸⁹.

Así pues, si el requisito formal de la personalidad jurídica constituye hoy un *præ* de acuerdo con la definición de sociedad actualmente establecida, la conclusión no puede ser sino la de excluir a las Comunidades de Propietarios del ámbito del art. 286 bis CP⁹⁰, sin necesidad de entrar a valorar siquiera si concurre en ellas —cosa que tampoco sucede— la «participación de forma permanente en el mercado», lo que, como se dijo, constituye un requisito ulterior.

La conclusión pudo ser justamente la opuesta con la regulación anterior, puesto que además de no encorsetarse con ella legalmente el concepto de *sociedad* aplicable, la relación de entidades desde las que podía actuar el sujeto activo aludía también, genéricamente y como ya se ha dicho, a «organizaciones», de modo que quedaban sin dificultad abarcadas las uniones carentes de personalidad jurídica siempre que contasen con unas mínimas reglas de funcionamiento y la capacidad efectiva de contratación de bienes y servicios en el mercado. La atención a este criterio material, de capacidad efectiva de actuación en el mercado, puede resultar político-criminalmente más adecuada a la finalidad perseguida por el tipo del art. 286 bis CP pero, como se ha dicho, con la remisión al art. 297 CP no queda sino considerar que las comunidades de propietarios resultan actualmente excluidas, pues no son sociedades en el sentido requerido por este precepto⁹¹.

⁸⁸ En su FJ 3.º la STC 115/1999, de 14 de junio, señalaba: «los demandados en el pleito son los propietarios individuales de cada piso o local en que se divide el inmueble, pues tal es la consecuencia jurídica que se desprende de la opción de nuestro ordenamiento jurídico de no reconocer personalidad jurídica a las comunidades de propietarios de una propiedad horizontal. Por ello, aunque en la práctica y como licencia del lenguaje, las comunidades de propietarios de un edificio constituido bajo el régimen de la propiedad horizontal dicen actuar como demandantes y como demandados a través de su presidente, en virtud de la llamada “representación orgánica” que le reconoce el actual art. 13.3 LPH (antiguo art. 12 LPHJ), en rigor son los propietarios del edificio, en cuanto propietarios constituidos bajo el régimen de la propiedad horizontal, los que actúan a través de la figura del presidente de la Junta de propietarios que ostenta “ex lege” la representación de dichos propietarios en los asuntos que afectan a la Comunidad».

⁸⁹ Indica, p. ej., la STS 655/2014, de 15 de octubre, en su FJ 3.º, en relación con el derogado delito de administración desleal societaria del art. 295, que «es obvio que una comunidad de propietarios —o de usuarios de un aparcamiento, como es el caso— no se encuentra incluida en dicha definición legal; por otra parte, el término “administrador” que tiene un sentido equívoco tampoco se aviene al cargo del recurrente que ciertamente era administrador pero lo era de una comunidad de propietarios/usuarios, y tampoco su función era la que se describe en el art. 295 Código Penal».

⁹⁰ Coincidente, GARCÍA ALBERO, 2015: 571; ENCINAR DEL POZO, 2016: 307, 451.

⁹¹ Esta misma línea argumental es igualmente extensible a otros supuestos menos comunes, como pudiera ser el condominio naval, que supone la copropiedad de un buque o embarcación orientada a su explotación mercantil (art. 150 Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima).

La misma conclusión pudiera tener que sostenerse, incluso, en relación con las Uniones Temporales de Empresas, en tanto que entidades creadas para la colaboración entre empresarios por un periodo de tiempo a fin de desarrollar o ejecutar una obra, servicio o suministro, pero de nuevo sin personalidad jurídica propia⁹². En este caso, no obstante, resultaría ciertamente paradójico que el Gerente nombrado por el Comité de Gerencia que recibiese sobornos quedase fuera de la tipicidad mientras que el mismo comportamiento estuviese claramente incluido en ella si fuese realizado por el administrador de cualquiera de las empresas asociadas, lo que bien pudiera llevar a ensayar como salida a esta situación la consideración de aquel Gerente como colaborador de las empresas implicadas en la UTE a los efectos del art. 286 bis CP, o, como se ha explicado con anterioridad, intentar abarcarlas en un concepto genérico de empresa mercantil.

Todas las precisiones expuestas son, según creo y por lo argumentado, actualmente acordes con la regulación vigente. Pero se debe ser consciente de que proceden de un concreto entendimiento del componente analógico que requiere el art. 297 CP, que no por extendido deja de implicar el correspondiente grado de inseguridad jurídica en la precisión del tipo objeto de nuestro análisis. Y así, convendrá no ocultar, al igual que se ha comentado en relación con el tratamiento de las comunidades de bienes en el ámbito mercantil, que en relación con los delitos societarios en los que el art. 297 CP encuentra su ámbito natural se ha podido sostener también fundadamente que están incluidos en el concepto de sociedad supuestos como las comunidades de propietarios⁹³, las Uniones Temporales de Empresas⁹⁴ o las mismas comunidades de bienes⁹⁵.

2. Una vez constatada la personalidad jurídica como presupuesto, es asimismo requisito necesario para ostentar la cualidad de *sociedad* en el sentido del tipo la participación de forma permanente en el mercado, lo que parece en principio excluir a las entidades que tengan en él solo una intervención esporádica y a aquellas que sencillamente no participen en él, aunque este requisito debe entenderse con cierta flexibilidad.

ma), pues tampoco este condominio da lugar a la aparición de una persona jurídica, pese a lo cual pueden designarse uno o varios administradores, que tendrán la consideración legal de factor mercantil y ostentarán facultades de administración en la forma mancomunada o solidaria que se haya expresado en su nombramiento (art. 153 LNM), lo que permite pensar también en la percepción de ventajas no justificadas por su parte.

⁹² Según el art. 7.º Ley 18/1992, de 26 de mayo, de Régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de Empresas y de sociedades de desarrollo regional: «1. Tendrán la consideración de Unión Temporal de Empresas el sistema de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro. 2. La Unión Temporal de Empresas no tendrá personalidad jurídica propia».

⁹³ CASTRO MORENO, 1998: 206; RÍOS CORBACHO, 2005: 107.

⁹⁴ RÍOS CORBACHO, 2005: 109 y ss.

⁹⁵ RODRÍGUEZ RAMOS, 1996: 81.

Aquí, en relación con las sociedades civiles parece que, además de exigir la personalidad jurídica (no la tienen conforme al art. 1.669 CC aquellas «cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de estos contrate en su propio nombre con los terceros», en cuyo caso se registrarán por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes), habría que distinguir entre aquellas que tengan un objeto civil y las que lo tengan auténticamente mercantil (que desde 2016 cotizan incluso por el impuesto de sociedades), entendiendo por mercantiles la actividad industrial dirigida a la producción de bienes y servicios, la actividad intermediaria en la circulación de bienes, la actividad de transporte por tierra, mar o aire, la actividad bancaria y aseguradora, así como otras actividades auxiliares de las precedentes⁹⁶.

La exigencia pudiera todavía excluir a entidades con personalidad jurídica pero que no realizan actos de comercio de forma habitual, como puede ser el caso de las Juntas de Compensación Urbanística. Cabe sin dificultad imaginar, por ejemplo, la corrupción del presidente del Consejo Rector para inclinar la contratación de las obras hacia una determinada empresa, o la del ingeniero contratado por aquel Consejo. Pero el hecho de que la Junta de Compensación tenga personalidad jurídica —la tiene desde el momento de su inscripción en el Registro de entidades urbanísticas colaboradoras (art. 26 Reglamento Gestión Urbanística)— no zanja la cuestión, ya que, si no se atiende a una interpretación teleológica, cabrá argumentar que dicha entidad no participa permanentemente en el mercado, sino que está primordialmente orientada a la puntual ejecución de las obras de urbanización.

3. En definitiva, con la inclusión en 2015 de la remisión al concepto societario del art. 297 CP el legislador quiso dotar de mayor seguridad a la interpretación de este término, presente en el tipo desde su incorporación al Código en 2010. Pero con ello se renunciaba a una precisión de sus contornos específicamente ideada para este delito, que no solo contiene una dimensión de criminalidad hacia la empresa, como los delitos societarios, sino muy especialmente hacia el exterior, hacia otros competidores y el mercado. Ello supone la importación de algunas interpretaciones que son lógicas para el ámbito societario (respecto de un precepto que respondió al propósito loable de unificar el tratamiento frente a los delitos societarios de todas las entidades con personalidad jurídica)⁹⁷, pero que pueden dejar algunas lagunas en el ámbito de la corrupción privada en supuestos en los que el desvalor resulta sin embargo equiparable en términos de afectación competencial y, todo ello, a mayor complejidad, en función de las interpretaciones no unívocas que doctrinal y jurisprudencialmente se han sostenido especialmente en relación con las que deban considerarse *entidades análogas*.

⁹⁶ FARALDO CABANA, 2015: 37, n. 34.

⁹⁷ FARALDO CABANA, 2015: 52.

1.2.2.3. Inclusión de empresas o sociedades que prestan servicios públicos. Concurso con el cohecho

Imagínense los siguientes tres supuestos: en un primer caso un alto cargo de *Correos* acepta del directivo de una empresa de publicidad suculentas invitaciones para sus vacaciones familiares con el fin de que se resuelva a favor de sus intereses el concurso promovido para una determinada campaña publicitaria (*Correos* es sociedad anónima estatal)⁹⁸. En un segundo supuesto, el gerente de una empresa encargada de las cuestiones informáticas de una administración autonómica, con capital social mayoritariamente público⁹⁹, adquiere el material de la empresa que le procura a él ventajas particulares. En un tercer caso, el administrador de una empresa privada que presta el servicio de recogida de basuras para una mancomunidad de municipios hace lo propio adquiriendo solo los vehículos del concesionario sobornante. Cada uno de estos tres ejemplos presenta particularidades propias, pero tienen en común su conexión pública, bien sea de la empresa misma o bien del servicio prestado, de modo que la pregunta está servida: determinar si les resulta de aplicación el art. 286 bis o si, en cambio, su tratamiento penal debe canalizarse a través de la figura del cohecho. O, en una tercera opción no planteada habitualmente, si pueden serles de aplicación ambos, en concurso delictivo.

Al respecto, al presentar los nuevos delitos de corrupción privada el Preámbulo de la LO 5/2010 afirmaba tajantemente que «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 formal de funcionario que ha de tener al menos una de las partes». Pero lo cierto es que en la frase acabada de reproducir ninguna de las dos afirmaciones que se contienen resultaba ni mucho menos obvia, pese a que así se asegurase.

1. La primera, en la que se sostenía que las empresas públicas o las privadas que prestasen servicios públicos se regirían por la disciplina del cohecho, no resultaba obvia puesto que después no se vio en absoluto secundada por la redacción positiva del art. 286 bis CP, que no contuvo en su versión definitiva dato alguno que conlleve la efectiva exclusión de tales empresas. Esta circunstancia fue tempranamente puesta de manifiesto por la doctrina, del mismo modo en que lo hiciera también el Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto, en el que se señalaba acertadamente que la referencia a empresas mercantiles, sociedades y —entonces también— asociaciones, fundaciones u organizaciones, sin mayores precisiones no excluía *per se* a las de carácter público, por lo que podrían encontrar perfecto acomodo en

⁹⁸ GILI PASCUAL, 2007: 13.

⁹⁹ Sujeto activo considerado idóneo a efectos de malversación por la STS 166/2014, de 28 de febrero.

el nuevo tipo penal. Esta observación, simplemente atenta a la legalidad y por tanto perfectamente respetuosa con ella, ha llevado a muchos autores a considerar, con razón, aplicable el art. 286 bis en estos casos¹⁰⁰. Ello resulta además congruente con los factores que explicarían el interés europeo en la generalización de esta incriminación. Concretamente, en la exigencia de una respuesta penal ante este tipo de comportamientos había pesado la voluntad de reaccionar específicamente ante los procesos de privatización y de huida del Derecho administrativo experimentados en Europa, donde se había evidenciado la tendencia de las administraciones públicas de los diferentes Estados a desprenderse, para prestar sus servicios, del más pesado ropaje administrativo a favor de las fórmulas más ágiles y flexibles del Derecho privado¹⁰¹. La justificación de la incriminación apoyándose en la voluntad de atajar los efectos de esa tendencia viene a reconocer que con dicha metamorfosis de lo público hacia lo privado se estaría escapando también al tratamiento penal del cohecho, por lo que justamente se haría necesario activar otros tipos penales. Desde esta concepción, el delito de corrupción en el sector privado vendría a operar como tipo de recogida respecto de aquellos casos que no pudiesen encajar en los delitos de funcionario, pero que resultaría insatisfactorio dejar sin sanción¹⁰².

Con el texto español ocurrió simplemente que en un determinado momento de la tramitación parlamentaria se produjo una desconexión entre el Preámbulo y el precepto, como bien conjeturara Díaz y García Conlledo¹⁰³, con lo que efectivamente el resultado final permite de hecho y sin más la aplicación del art. 286 bis CP. Sin embargo, sí parece que la filosofía de los redactores del texto germen del precepto habría sido justo la contraria, esto es, la de no sustraer a la disciplina del cohecho los casos en los que la forma privada de la entidad es instrumental, de modo que se trata de supuestos en los que la Administración simplemente decide prestar un servicio privatizando empresas públicas o constituyendo *ex profeso* entes privados. Así se evidencia si se lee el texto publicado como propuesta de reforma en el *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*¹⁰⁴, prácticamente coincidente con el finalmente aprobado, pero con dos importantes matices en este extremo. Por una parte, en él se subrayaba expresamente la *naturaleza privada* de las «empresas mercantiles, asociaciones, fundaciones u organizaciones» tanto en la descripción de la corrupción activa como en la de la pasiva (propuesta del art. 284 bis, apdos. 1.º y 2.º), lo que finalmente no habría tenido eco en el tex-

¹⁰⁰ ANDRÉS DOMÍNGUEZ, 2013: 362; BLANCO CORDERO, 2011: 1113.

¹⁰¹ BAÑERES SANTOS/NIETO MARTÍN, 2006: 222.

¹⁰² NIETO MARTÍN, 2002: 62. En opinión del autor, no obstante, la amplitud del cohecho en el ordenamiento español dejaría prácticamente sin contenido ese papel de recogida del delito de corrupción privada (*ibid.*: 65).

¹⁰³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2008: 178.

¹⁰⁴ BIMJ, año LX, suplemento al núm. 2015, monográfico sobre *La armonización del Derecho penal español: una evolución legislativa*, p. 219, recogiendo la propuesta de BAÑERES y NIETO.

to aprobado. Y por otra parte y sobre todo, se añadía un apdo. 3.º en el que expresamente se aclaraba que «lo dispuesto en el presente artículo no ser[ía] de aplicación a los organismos o empresas de naturaleza pública o privada creados por la administración para la prestación de servicios públicos o con fines de utilidad pública, ni a los directivos, empleados o profesionales vinculados a las mismas o a quienes colabor[asen] con la administración pública, sin perjuicio de la responsabilidad en que pu[diesen] incurrir conforme a otros preceptos». Tal precisión tampoco consta en el texto aprobado.

2. La segunda afirmación, en virtud de la cual la voluntad legal estaría obviando la condición formal de funcionario que habría de tener al menos una de las partes para que fuese aplicable el cohecho tampoco resulta obvia (amén de ser poco inteligible, como ha denunciado también la doctrina). En realidad, dicha afirmación querría expresar simplemente que quedarían en el terreno del cohecho las conductas en las que ninguno de los sujetos que intervienen en la operación es en puridad funcionario público conforme a lo definido en el art. 24.2 CP, sino que se limita a participar en el ejercicio de funciones públicas a través de esas empresas privatizadas o privadas. Sin embargo, si ese es el sentido de la afirmación, se choca de entrada con la nutrida línea jurisprudencial que desde bastante tiempo atrás viene patrocinando un concepto considerablemente amplio de funcionario en el que parece bastar precisamente esa participación de la función pública, difuminando con ello, hasta hacerla irreconocible, la exigencia de determinado título habilitante (disposición inmediata de la ley, elección o nombramiento de autoridad competente), pese a que dicho título también es requerido por el art. 24 como presupuesto de la cualidad funcional a efectos penales. En efecto, en la cuestión del paulatino proceso de privatización del sector público el TS ha mediado hace tiempo para puntualizar que en la llamada administración institucional, que existe cuando una entidad pública adopta una forma independiente como pueda ser la de una sociedad mercantil con el fin de conseguir un funcionamiento más ágil, «cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública» (STS 68/2003, de 27 de enero), y ha subrayado también, por encima de otras consideraciones, la materialidad del concepto de funcionario público, independiente de su ropaje jurídico o administrativo. La STS 166/2014, de 28 de febrero, propugna así literalmente un «ponderado “levantamiento del velo”»: «La huida del Derecho administrativo —afirma—, fenómeno bien conocido y teorizado por la doctrina especializada, no puede ir acompañada de una «huida del Derecho penal», sustrayendo de la tutela penal reforzada bienes jurídicos esenciales, por el expediente de dotar de apariencia o morfología privada a lo que son funciones propias de un organismo público desarrolladas por personas que han accedido a su cargo en virtud de la designación realizada por una autoridad pública, aunque la formalidad jurídica externa (contrato laboral de Alta Dirección, elección por el órgano de gobierno de

una mercantil) encubra o se superponga de alguna manera a esa realidad material». Esta tendencia teleológico-expansiva ha permitido incluso considerar funcionarios a los empleados de concesionarios de servicios públicos.

Y si esto es así en relación con el entendimiento del art. 24.2 CP en general, aplicable a todos los delitos de funcionario, con mayor razón cabría propugnarlo en relación con los concretos delitos de cohecho, puesto que en este específico ámbito la regulación española contiene desde antiguo (y hoy en el art. 423 CP)¹⁰⁵ una ampliación del concepto de funcionario que literalmente se extiende a «cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública»: si bien es cierto que interpretado esto en coherencia con el contexto del artículo en el que se inserta parecería lógico exigir algún tipo de designación —pues la requieren el resto de los específicamente mencionados en él—¹⁰⁶, no lo es menos que la literalidad de la norma no la impone, lo que permitiría operar sin ninguna atadura en cuanto a la exigencia de un título habilitante como los del art. 24.2 y con ello certificar sin más la idoneidad del sujeto por su mera participación en el ejercicio de una función pública¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Antes art. 422 CP; pero ya con anterioridad el art. 388 ACP señalaba que «lo dispuesto en los artículos precedentes tendrá aplicación a los jurados, árbitros, arbitradores, peritos, hombres buenos o cualesquiera personas que desempeñaren una función pública».

¹⁰⁶ Refiriéndose a este concepto en el antiguo art. 388 ACP, señalaba VALEIJE (1996: 70 y ss.) que se trataba de una fórmula que pretendía abarcar supuestos a medio camino entre la función pública propiamente dicha y el mero particular colaborador de la Administración, pero no sin que mediase una relación jurídica con el Estado, sino que esta simplemente no era establecida con arreglo a los títulos que entonces describía el art. 119.3 ACP.

¹⁰⁷ Recientemente Chile ha abordado esta cuestión en el Proyecto de Ley llamado a incriminar la corrupción privada en este país, optando por crear un tipo específico de cohecho a particulares (denominación usada, por ejemplo, por el diputado informante de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento), pretendiendo con ello equiparar el tratamiento del ejercicio arbitrario de funciones por parte de empleados públicos con el que puedan desempeñar actores privados en actividades económicas cuyo objeto es la provisión de bienes o servicios generales como, p. ej., la sanidad. Se trata, efectivamente, del cohecho de un particular a otro particular, aunque se diferencia del delito de corrupción entre particulares (arts. 287 bis y 287 ter) al ir referido a un ámbito más amplio que el de la preferencia en las relaciones comerciales entre operadores de mercado: mientras los arts. 287 bis y ter se refieren al favorecimiento en la «contratación con un oferente sobre otros», el proyectado art. 250 ter comprende, en principio, las transacciones corruptas (incluso las del perceptor final del servicio) a cambio de cualquier ejercicio «parcial o arbitrario» de las funciones del corrompido, añadiéndose la pena de inhabilitación. En concreto, el citado art. 250 ter en la versión aprobada por la Cámara de Diputados en junio de 2016 dispone:

«El particular que, en su desempeño en una persona jurídica cuyo objeto sea la provisión de bienes o servicios públicos tales como educación, salud, infraestructura, servicios básicos u otros de utilidad pública, solicitare o aceptare recibir de un particular un beneficio económico para sí o un tercero para ejercer o por haber ejercido sus funciones de modo parcial o arbitrario, será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo y, además, con la pena de inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en cualquiera de sus grados y multa del tanto al cuádruple del provecho solicitado o aceptado.

El que ofreciere o consintiere en dar un beneficio económico al particular que se desempeña en la persona jurídica referida en el inciso precedente, en provecho de este o de un tercero, para que ejerza o por haber ejercido sus funciones de modo parcial o arbitrario, será castigado según lo dispuesto en el artículo 250.

3. El concepto de *función pública*, la amplitud o contención que se emplee para concretarlo, en definitiva, deviene así pieza clave del rompecabezas. Si se tiende a un concepto teleológico, que atienda meramente a la persecución de fines colectivos generales por encima del régimen jurídico al que esté sometida la actuación o de otras consideraciones, obviamente se ampliarán los supuestos abrazados por el cohecho.

A los efectos ahora analizados se trata obviamente de una cuestión previa en la que aquí no puede entrarse en profundidad. Pero sí resulta factible introducir algunas precisiones generales. Puesto que lo que incumbe al cohecho es el buen funcionamiento de la Administración Pública en tanto que servidora, con objetividad, de los intereses generales, entiendo que el concepto de *función pública* que ha de interesar a un cohecho ampliado es el que se fije en la titularidad de la competencia, del servicio o actividad que se presta, con independencia de la forma de gestión y del régimen jurídico a través del que se ofrezca. Se impone pues, siguiendo a Valeije, un concepto subjetivo de función pública que considere como tal toda actividad que resulte directa o indirectamente imputable a la Administración, ya se ocupe esta directamente de ella o simplemente se haga cargo, tutelándola, de su prestación¹⁰⁸. Conforme a esto último es pues, en segundo lugar, necesario que la Administración se reserve determinadas funciones de control o supervisión que pongan de manifiesto que en realidad es quien presta dicho servicio, aunque lo haga a través de un tercero¹⁰⁹. Pero una vez garantizado lo anterior, cabrá a mi juicio entender que entrarán en la órbita del cohecho casos como aquellos en los que medie un contrato de gestión de servicio público, en cuya virtud una Administración encomienda a una persona jurídica la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración (art. 8.º RDL 3/2011, de 14 de noviembre, de Contratos del Sector Público), con independencia de la condición formal del sujeto actuante. De hecho, entrarían en general en este ámbito los supuestos de huída del Derecho administrativo *stricto sensu*, en los que se crean para canalizar el servicio organismos específicos, sean híbridos o privados, pero también aquellos de privatización funcional, en los que se cede la gestión conservando la competencia. La única restricción debería localizarse, según indicaba Nieto, en los casos de simple privatización material, en los que la Administración actúa como un operador económico más¹¹⁰. En estos últimos supuestos lo que viene a producirse es el traspaso al sector privado de la propia función o servicio que anteriormente desempeñaba el Estado¹¹¹, desregularizando ha-

A los condenados por los delitos previstos en este artículo se les aplicará, además, la prohibición establecida en el artículo 35 de la Ley núm. 18.046, sobre Sociedades Anónimas».

¹⁰⁸ VALEIJE ÁLVAREZ, 1997: 473 y ss.

¹⁰⁹ NIETO MARTÍN, 2002: 63.

¹¹⁰ *Ibid.*: 64.

¹¹¹ *Ibid.*: 62.

bitualmente el sector, con lo que la actuación debería escapar de la órbita del cohecho (no así, lógicamente, de la corrupción en el sector privado).

Por lo expuesto, entiendo que debe reputarse secundaria la cuestión de la composición accionarial. Incluso si se trata de una sociedad mercantil en la que la participación pública sea superior al 50 por 100 del capital social, pese a ser con ello considerada sector público y pese a ostentar la Administración el control social, sus actuaciones podrán sustraerse a la disciplina del cohecho en la medida que no se trate ya del ejercicio de funciones públicas¹¹². Hay que distinguir pues, en definitiva, entre aquellos casos en los que la Administración se limita a externalizar el servicio concediéndolo incluso a una empresa privada, de aquellos en los que, incluso permaneciendo en manos del sector público instrumental, lo privatizado es la función, con independencia del control societario que se pueda ejercer. Aunque —debe advertirse— desde otros planteamientos el *mantenimiento del control público* por parte de la Administración respecto de la sociedad o entidad de la que se trate parece haberse juzgado lo determinante¹¹³.

4. Los criterios para trazar la frontera comentada pueden ser objeto de debate. Pero lo que queda claro en cualquier caso es que la amplitud del concepto de *ejercicio de función pública* que decida manejarse incidirá en las dimensiones del ámbito de intersección resultante entre el cohecho y la corrupción privada. Y hablo aquí, intencionadamente, de intersección. Pues la doctrina ha tendido hasta la fecha a plantear la cuestión en términos alternativos (o cohecho o corrupción privada)¹¹⁴, de forma absolutamente razonable tanto en términos penológicos como por la similitud de las conductas. Pero *lex lata* hay razones para no asumir el entero desplazamiento de una

¹¹² En otro orden de cosas, en relación con la malversación, la participación mayoritaria pública en la sociedad no basta siquiera para considerar sus fondos como caudales públicos (cfr. STS 627/2014, de 7 de octubre).

¹¹³ En el ámbito comparado, resulta de sumo interés a este respecto el criterio sostenido por el Tribunal Supremo alemán en el conocido como escándalo de las basuras de Colonia (*Kölner Müllskandal*), en el que se sometió a licitación la construcción de una planta incineradora de residuos conociéndose de antemano la sociedad a la que se le encargaría (se le comunicó la oferta más económica presentada en sobre cerrado para poder mejorarla) gracias al pago de sobornos al representante de la sociedad adjudicadora, de participación pública municipal. En este supuesto, la composición en parte pública de la sociedad no fue obstáculo para la aplicación del delito de corrupción privada, lo que argumentó el BGH —y esto es lo que aquí resulta de interés— en la falta de control público de la sociedad dada la posibilidad de bloqueo de las decisiones por parte de los socios privados atendiendo a la composición accionarial y a las mayorías requeridas en sus estatutos. (Si ello, trasladado a nuestro Derecho, quisiera significar que de haber existido efectivamente dicho control público de la sociedad el régimen aplicable hubiese debido ser el del cohecho, se disentería de la solución, sin perjuicio de que en este caso parezca clara la cualidad pública del servicio que según lo propuesto la avalaría. En mi opinión, como se explica a continuación en el texto, resultaría de aplicación tanto el delito de corrupción privada como el de funcionario). Se hace eco de esta sentencia ENCINAR DEL POZO, 2016: 311 y ss.

¹¹⁴ A favor de lo primero, p. ej., ENCINAR DEL POZO, 2016: 312; de lo segundo, CASTRO MORENO, 2011: 292; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, 2013: 362; BLANCO CORDERO, 2011: 1113.

figura a favor de la otra puesto que, aunque coincidente la conducta, si el receptor del soborno en la empresa pública es efectivamente considerado funcionario a efectos penales el desvalor de resultado no queda enteramente abarcado con la afectación de la función pública que con ello se produce, sino que existe otra afectación que el legislador ha considerado desde 2010 merecedora de reacción penal independiente, cual es la de la competencia en el mercado, cuando con la ventaja se desplaza —potencialmente— a otro operador que es al menos equiparable al elegido en términos competitivos. Se trata pues de un cohecho para que sea realizada una actuación en el ejercicio del cargo del art. 420 —y art. 424 CP— que debiera ser considerado en concurso delictivo ideal con el art. 286 bis.1 —y art. 286 bis.2 CP— (no puede entenderse a mi juicio que la comisión del delito de corrupción privada constituya la actuación contraria a los deberes inherentes al cargo que daría vida al delito más grave de cohecho del art. 419 por respeto al principio *non bis in idem*, puesto que tal actuación es el propio acuerdo ilícito tomado en cuenta para el cohecho, y no una actuación futura). Ciertamente que la desproporción penológica ex art. 77 CP puede retraer del sostenimiento de esta solución, pero tal como aparece actualmente regulada la cuestión resulta, hasta donde alcanzo a ver, la coherente con la implicación simultánea de dos bienes jurídicos que representan estas conductas. Si esto es así y no se desea tomar en consideración el desvalor añadido de la afectación competencial que entrañan estos casos, solo cabe a lo sumo señalar que la cuestión permanecerá mal resuelta en tanto no se incorpore una cláusula como la que expresamente contenía el art. 284 bis de la propuesta antes citada, que excluía a las empresas públicas o privadas creadas como prolongación de la Administración para ofertar con mayor agilidad servicios de interés general.

1.3. Falta de referencia al empresario como sujeto activo

Una de las cuestiones que más ha llamado la atención doctrinal, convirtiéndose en parada obligada en todos los comentarios acerca de esta figura, es la relativa a la falta de referencia al empresario entre el círculo de posibles sujetos activos de la corrupción pasiva. Literalmente leída, en efecto, la conducta típica del apdo. 1.º del art. 286 bis CP puede ser llevada a cabo por el directivo, el administrador, el empleado o el colaborador de una empresa, pero no por el propio empresario.

En relación con ese catálogo de sujetos activos es verdad que la doctrina ha alertado también en alguna ocasión sobre alguna otra presunta omisión¹¹⁵. Pero ciertamente la ausencia del empresario dista de ser una simple

¹¹⁵ Como la del socio, que al igual que el empresario, ni está ni a mi juicio debe estar en dicho catálogo por esa sola condición. Sobre el intento doctrinal de encontrar encaje al socio en la categoría del *colaborador*, *supra*, cap. III, 1.1.1.3.

cuestión más en el capítulo destinado al sujeto activo del delito, y ello por dos razones fundamentales, de las que en realidad sobresale la segunda de las que a continuación indicaré:

a) En primer lugar, por su potencial significado en la definición del ámbito tutelado en este delito, en la medida en que ello pudiera secundar la idea de que no solo la competencia leal en el mercado sino también el propio empresario formarían parte de aquel. Como se explicó en su momento¹¹⁶ el empresario que acepta ventajas ajenas a la calidad/precio del producto o servicio de que se trate y prefiere por ese motivo la oferta de un determinado productor en detrimento de otros competidores válidos, realiza en principio con ello un comportamiento tan lesivo para la eficiencia del mercado como el que, haciendo lo mismo, puedan llevar a cabo sus directivos, administradores, empleados o colaboradores, con lo que en una primera aproximación la exclusión de aquel casaría mal con una tutela exclusiva, nítida y decidida de la competencia e invitaría a explorar otras explicaciones complementarias sobre la lesividad *de lege lata* de este delito. Este argumento ha sido valorado también en este sentido en otras latitudes, respecto de ordenamientos que omiten asimismo la referencia al empresario, como es el caso del alemán, en el que, junto a otros apoyos ofrecidos por su regulación positiva (como la persecución de este delito prevista en principio solo a instancia del perjudicado —§ 301 StGB—) ha contribuido a conformar la opinión de un sector doctrinal favorable a considerar también al empresario como parte integrante del objeto de protección en este delito, al menos de forma subordinada o refleja, percepción que se ha visto incrementada tras la reforma alemana de 2015.

No es esta, sin embargo, la trascendencia que debe otorgársele a esta ausencia. Este argumento ya ha sido analizado en páginas precedentes descartando que la consideración del empresario como parte del bien jurídico en este delito constituya una interpretación necesaria, si bien esta situación sí tiene la virtualidad de confirmar la presencia de un componente de deslealtad interna en esta tipicidad.

b) En segundo lugar, la ausencia del empresario no es una simple cuestión más —y esto es lo ahora auténticamente destacable— porque aparece directamente vinculada con el núcleo de la concepción del delito que se mantenga, conforme a uno de los dos arquetipos posibles expuestos en su momento, al inicio de este estudio¹¹⁷.

Ni la explicación de tal ausencia ni la valoración sobre su corrección son, en efecto, cuestiones que puedan en realidad contestarse satisfactoriamente desde la superficie que representa la mera exégesis de los términos típicos (su

¹¹⁶ *Supra*, cap. I, 1.

¹¹⁷ *Supra*, cap. I, 2.2.

sentido gramatical, lógico o sistemático). Sino que a mi entender entroncan directamente con la cuestión de fondo relativa a la falta de obligatoriedad general por parte de los operadores en el mercado de preferir los productos más competitivos valorando solo sus bondades intrínsecas, cuestión ya tratada previamente en este trabajo. De ello deriva una determinada alternativa de interpretación del delito, también expuesta¹¹⁸, y producto de la cual el empresario ni está ni debe estar —en mi opinión— entre los posibles sujetos activos de la corrupción pasiva en el sector privado.

A la vez, como se hace inmediatamente evidente, la tesis en torno a la posición del empresario en este tipo penal condiciona el tratamiento que debe darse a su consentimiento en relación con las percepciones de ventajas no justificadas por parte de sus dependientes, cuestión esta que por razones sistemáticas ha preferido tratarse asimismo en un epígrafe anterior¹¹⁹, al estar directamente relacionada con el núcleo del injusto de este delito.

La cuestión no es pues, como se ve, simplemente una más, sino que se sitúa en el eje medular de esta figura, afectándola transversalmente y condicionando algunas decisiones estratégicas sobre su comprensión. Simplemente para ilustrar la referida insuficiencia de su abordaje desde una mera exégesis de los términos típicos, sirva el resultado insatisfactorio que arrojaría el siguiente ejemplo: si «A» aceptase ventajas injustificadas por preferir a un concreto competidor su conducta quedaría fuera de la prohibición penal si dicho «A» fuese comerciante o empresario individual, mientras que sí realizaría la conducta prohibida si «A» fuese el administrador y a la vez socio único de una sociedad unipersonal, por el simple hecho de que el *administrador* sí aparece literalmente entre el círculo de posibles autores y ello pese a que la conducta sea materialmente la misma en ambos casos. Aferrarse a la superficie de esta literalidad para sortear la incongruencia de una situación como la acabada de plantear solo a título de ejemplo, sin cimentar la solución en las bases estructurales de esta figura, ha conducido por ejemplo a parte de la doctrina a entender que el tipo no excluye en realidad al empresario individual¹²⁰, lo que a mi juicio no hace sino distorsionar aun más el entendimiento de la figura (en mi opinión la conducta es atípica en ambos casos, en la medida en que se adopta como decisión libre —no prohibida por la normativa competencial— por parte de quien actúa directamente como operador en el mercado).

Para tratar la cuestión de la ausencia del empresario se impone pues, a mi entender, traer a colación las cuestiones clave que habitan en la estructura profunda de esta incriminación y que, en la medida en que han sido ya planteadas en otros lugares de este trabajo, llevarán a lo que sigue a considerar

¹¹⁸ *Supra*, cap. I, 2.

¹¹⁹ *Supra*, cap. II, 4.

¹²⁰ Así, BANERES SANTOS, 2011: 49.

hechas las remisiones oportunas¹²¹. Por otro lado, aunque ello suponga invertir el orden habitual en este tipo de exposiciones, empezaré por plantear a continuación mi propia posición, agrupando después en el siguiente epígrafe los razonamientos de toda índole que orbitan en torno a la convicción de que el empresario debe estar (para algunos de hecho ya lo está) en el tipo, simultaneando la valoración crítica sobre ellos.

1.3.1. *Toma de postura: justificación de la ausencia del empresario. La satisfacción del interés objetivo de la empresa (o subjetivo del empresario individual) como parte de la libertad de mercado*

1. En un modelo de *corrupción de empleados* como el transpuesto por España no tiene cabida en el ámbito típico la percepción de ventajas por parte del titular del negocio, operador en el mercado.

En mi opinión, coincidente en esto con la de la doctrina mayoritaria, el art. 286 bis.1 CP no contempla pues al titular del negocio (posiciones de momento minoritarias sí lo entienden contemplado, bien a través del concepto de *directivo*, bien a través del de *administrador de hecho*). Dicha ausencia, y esto es más importante, no debe lamentarse, pues el titular del negocio no debiera tampoco ser idealmente contemplado por el tipo conforme a la arquitectura que defiende (lo que hace innecesario comprobar cuánto podrían llegar a dar de sí en esa dirección los términos típicos actuales, como en cambio hacen los planteamientos minoritarios aludidos). Tampoco le contempló, recuérdese, la Decisión Marco de 2003, que solicitó únicamente la incriminación de las peticiones, recepciones o aceptaciones de ventajas o promesas por parte de quienes desempeñasen «funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado». Es cierto que esto condicionó la copia inicial del delito en nuestro ordenamiento, ciertamente más automática que reflexionada, pero en este punto se escogió en realidad el camino correcto.

2. Ciertamente cabe imaginar supuestos en los que el operador en el mercado realice conductas anticompetenciales a cambio de ventajas para sí, es decir, como tal operador (y no ventajas en exclusiva para sus dependientes): a cambio de la participación en acciones en otro ámbito de negocio, por ejemplo, determinada sociedad acepta vender a pérdida en cierta línea de negocio propio, o concertar precios con otros operadores para restringir el mercado, o aplicar en las relaciones comerciales o de servicio condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros, o limitar el desarrollo técnico o las inversiones en cierto ámbito, o negarse a satisfacer demandas de compra, o realizar actos de denigración del competidor para menoscabar su crédito,

¹²¹ Véase, especialmente, *supra*, cap. I, 2.2., y cap. II, 4.

o explotar la reputación comercial de otro, o revelar sus secretos industriales, etcétera.

Pero tales sobornos, si así quiere denominárseles, no están en el tipo del art. 286 bis.1 CP. Se trataría del cobro a cambio de la realización de conductas colusorias o anticompetenciales ya prohibidas por la legislación correspondiente (la LDC o la LCD), que escapan al patrón del actual precepto penal de corrupción privada. Dicho precepto se ciñe a la preferencia indebida de un competidor en determinados negocios jurídicos simples de compra-venta de mercancías, de contratación de servicios o de otros propios de las relaciones comerciales (vgr., arrendamientos financieros), pero no abarca aquel tipo de conductas. El único argumento que *de lege lata* podría despertar una tenue inquietud en el sentido de entender que se pretendió que las conductas anticolusorias o desleales legalmente prohibidas por la normativa primaria además de dar lugar a los ilícitos civiles y administrativos correspondientes por parte del operador en el mercado diesen pie también al ilícito penal objeto de estudio si fuesen realizadas a cambio de precio sería la referencia genérica e indeterminada a las «relaciones comerciales» incorporada por la LO 1/2015. Sin embargo, nada apunta a que deba entenderse así, sino que por el contexto en el que aparece dicha referencia indeterminada debe considerarse simplemente hecha a otros posibles negocios comunes en la práctica comercial, análogos a los de adquisición de mercancías o contratación de servicios¹²².

Construir otros tipos penales como refuerzo de conductas anticompetenciales de la LCD o LDC cuando sean realizadas a cambio de sobornos es algo que, lógicamente, podría hacerse, aunque sea político-criminalmente dudoso que ese uso secundario del Derecho penal tuviese sentido, ni que se atajasen con ello riesgos estadísticamente relevantes, en el sentido de que la rentabilidad para el actor provendrá habitualmente de la propia conducta desleal o abusiva y no de incentivos externos. Pero queda en cualquier caso claro que, de quererse, debería hacerse expresamente, a través de otra/s construcción/es.

3. Si bien se ha dicho que el empresario no está entre los posibles sujetos activos ni debe estarlo tampoco, lo que importa es explicar por qué. Y la razón se encuentra, como se adelantó al exponer las líneas maestras del modelo de interpretación aquí seguido¹²³, en la libertad de empresa que respalda el art. 38 CE.

La realidad del mercado consiste en preferir a unos frente a otros y ello a cambio de ventajas que no siempre tienen que ver exclusivamente con la calidad del producto o servicio objeto de la operación, sino con otros bene-

¹²² Sobre la interpretación de este elemento típico, *infra*, cap. V, 1.3.

¹²³ Ampliamente, *supra*, cap. I, 2.

ficios o gratificaciones complementarias. Por consiguiente, aunque existan productos o servicios en el mercado que aisladamente considerados resulten más eficientes que el elegido, y que por tanto al no seleccionar a sus productores se resienta el principio de eficiencia que idealmente preside dicho mercado, si lo que acompaña la oferta constituye bien un beneficio objetivo para el interés del principal persona jurídica (p. ej., se prefiere un producto peor pero acompañado de una participación rentable en otro negocio) o bien sencillamente un beneficio en términos subjetivos para el principal que es comerciante o empresario individual (p. ej., este prefiere un producto peor simplemente por el parentesco que le une con el ofertante, porque subjetivamente le compensa), entonces ya acepte dicho principal la oferta directamente o lo haga el dependiente en su nombre, la conducta no resultará penalmente relevante puesto que nada se infringe en nuestro ordenamiento tomando decisiones comerciales en el mejor interés de la sociedad ni proveyéndose el comerciante individual con los productos de su familiar, al margen de cualquier otro tipo de consideraciones. No existe, se dijo, la obligación de imparcialidad que en cambio informa la actuación de los entes públicos.

Así, en definitiva, la conducta del titular del negocio que acepta otros beneficios para su establecimiento distintos de la propia calidad del producto objeto de la transacción de que se trate sencillamente no puede actuar en forma típica puesto que, a diferencia de lo que requiere el precepto, con ello no favorece *indebidamente* a ningún competidor, sino que lo hace conforme a las reglas del mercado, ejercitando la libertad de empresa que le ampara y siendo por tanto *justificada* la ventaja. Como dije en su momento, y en consecuencia, mientras el tipo penal no castigue expresamente la conducta del operador en el mercado o la de sus dependientes que simplemente se limiten a aceptar prestaciones suplementarias que no guarden directa relación con la calidad o precio de las mercancías o servicios (promociones), la conducta solo puede resultar atípica. Castigar esas actuaciones, huelga reiterarlo, es tanto como incriminar la propia actividad comercial y en consecuencia resulta impensable que pueda hacerse desde el punto de vista constitucional (art. 38 CE), en virtud del cual queda amparada la libertad de preferir incluso las ofertas menos ventajosas, a salvo únicamente de las conductas colusorias y desleales legalmente prohibidas que lógicamente delimitan el terreno de juego para aquella libertad.

4. Doctrinalmente esta inviabilidad de incriminar por este concepto al titular del negocio se ha intentado explicar también centrándose en una argumentación estrictamente lógica, partiendo para ello de un concepto preestablecido de *corrupción*. Kindhäuser ha explicado, en este sentido, que la corrupción es solo una determinada forma de agresión, como pueda serlo la amenaza, la violencia o el engaño¹²⁴, y que como tal puede proyectarse

¹²⁴ KINDHÄUSER, 2007: 2, 15.

sobre diversidad de bienes jurídicos —como la economía o el Estado— pero manteniendo siempre, para ser corrupción, determinados elementos característicos comunes, que a su juicio permitirían definirla con carácter general como «la vinculación contraria a intereses de una ventaja con el ejercicio de un poder de decisión transferido»¹²⁵. Es decir, requiriendo, si se despliegan los requisitos básicos de tan concentrado y críptico concepto general:

a) La implicación necesaria de tres actores (una relación trilateral), puesto que además de la relación sinalagmática entre quien paga y quien recibe la ventaja, que implica a dos, el último de ellos debe haber sido encargado por otro para custodiar ciertos intereses, lo que conlleva la implicación de un tercer protagonista (o mandante). Este escenario triangular dota al segundo de los actores, es decir, a quien recibe el soborno, de un elemento esencial de la corrupción: la concurrencia de una *especial posición de deber* a favor de otro. El receptor de la ventaja, indica Kindhäuser, debe estar obligado a cuidar con su comportamiento los intereses de un mandante, de modo que, en otras palabras, si va a tratarse de un escenario de corrupción, dicho receptor solo podrá entrar en consideración si es, en el sentido explicado, un «encargado»¹²⁶. Esta característica, como puede vislumbrarse, será determinante para el argumento lógico anunciado.

b) Por otra parte, definitoria de la corrupción es la existencia de una incompatibilidad de intereses: incompatibilidad entre el interés que el encargado tiene que custodiar en virtud de su especial posición de deber (que le une a su mandante o principal) y el interés al que se pliega por la aceptación de la ventaja.

En este escenario la conclusión en torno a la cuestión que ahora analizamos está servida: si solo tratándose de un *encargado* puede verificarse la forma de ataque «corrupción», es obvio que el empresario o principal no puede agredir en esa forma al bien jurídico al no ostentar esa posición. En palabras de Kindhäuser, si bien tanto la conducta del principal como la del encargado pueden dirigirse contra el bien jurídico competencia leal, «solamente en el caso del encargado se presenta la forma de ataque de la corrupción, pues la corrupción como forma de ataque es definida precisamente por el hecho de que el encargado se coloca en una situación de incompatibilidad de intereses al ponerse al servicio de dos señores: del principal y del otorgante de la ventaja». Así, «ya desde un plano conceptual, el principal no puede ponerse

¹²⁵ *Ibid.*: 6; siguiendo este planteamiento, véase FEIJÓO SÁNCHEZ, 2013: 164 y ss.

¹²⁶ Para explicar la necesidad de la *posición especial de deber* propone el autor comparar dos ejemplos: en un primer supuesto, un asesino mata a su víctima por la recompensa prometida por su mandante; en un segundo caso, un funcionario policial deja huir al detenido por la recompensa prometida por su mandante. Solo en el segundo caso —señala— puede en propiedad hablarse de corrupción, pues «el funcionario policial no solo tiene el deber general de omitir la liberación del detenido —como el asesino tiene el deber general de no matar a otro— sino también el deber específico frente a su jefe del servicio de vigilar al detenido» (KINDHÄUSER, 2007: 5 y ss.).

en semejante situación de incompatibilidad de intereses, de manera que no puede lesionar por sí mismo el bien jurídico de la competencia leal por la vía de la corrupción». Por ello —se apostilla— si el legislador quisiera sancionar penalmente también al principal por la aceptación anticompetitiva de una ventaja debería crear para ello un nuevo delito específico (un genuino tipo penal de distorsión de la competencia)¹²⁷.

Esta explicación es, en esencia, correcta, por cuanto como ya se ha sostenido en este trabajo la corrupción requiere para serlo de una especial posición de deber que determina que le sea consustancial la existencia de un componente de deslealtad interna¹²⁸. Sin embargo, no me parece del todo adecuado fiar el resultado de la exclusión del empresario como sujeto activo de la corrupción pasiva al manejo de un pre-concepto pretendidamente científico y aséptico de corrupción, sino que a ese armazón supuestamente neutral conviene en mi opinión añadirle la razón material, de fondo, que explica en realidad que en este caso el comportamiento del empresario no pueda resultar típico.

Me explicaré: es correcto indicar como característica general de toda conducta de corrupción (pasiva) que esta implica el quebrantamiento del deber especial que atañe al sujeto desde la posición que ocupa. Sin embargo, la justificación propuesta da ya por sentado que al empresario no le atañe ningún deber especial y que por tanto no ocupa una posición que pueda asimilarse a la de *encargado*, en virtud de la cual atendiendo a los intereses que le requieran los dadores de la ventaja estaría desatendiendo a otros que le vinculan, como serían, señaladamente, los que eventualmente le pudiera imponer la superestructura del mercado (entendida como mandante) en el sentido de tener que operar en dicho mercado conforme al principio de eficiencia, cuestión sobre la que esta explicación meramente deductiva no se pronuncia. La corrupción no es, desde luego, un concepto unívoco, pero aun dando por válidas las pautas propuestas por este planteamiento para delimitarlo (que me parece que lo son), podrían todavía, en otros términos, encontrarse supuestos en los que el principal sí operase como corrupto (pasivo). Con un breve ejemplo: si se ofrece a la sociedad «A» una interesante participación accionarial en una nueva empresa a cambio de que acepte vender a pérdida durante un tiempo en una de sus líneas de negocio, con lo que el ofertante de la dádiva podrá obtener mejores posiciones deshaciéndose de cierto competidor propio, sin duda podrá hablarse de corrupción, y no solo en sentido coloquial, sino en el sentido específico que propone la explicación de referencia. Ello será así puesto que la sociedad se pone al servicio de unos intereses (los del corruptor) que son

¹²⁷ *Ibid.*: 14.

Este planteamiento lógico para explicar la ausencia del empresario también fue atisbado, aunque no lo desarrollase el autor, por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2008: 176), al señalar que «quizá este hecho se pueda explicar por el propio concepto de corrupción, que seguramente implicaría «venderse» al que da u ofrece la ventaja contra los intereses del titular, cosa que no puede hacer el titular del mismo».

¹²⁸ *Supra*, cap. II, 3.

incompatibles con la posición que la normativa sobre competencia desleal le impone (el art. 17 LCD prohíbe la venta a pérdida en los términos que el propio precepto define)¹²⁹. Dicha conducta desde luego no estaría, en mi opinión, contemplada en el art. 286 bis.1 CP, pero hay que explicar por qué. Y eso es justamente lo que pasa por alto la construcción objeto de análisis que, ofreciendo un concepto de corrupción, no la contesta (téngase presente que la redacción del art. 286 bis CP ni siquiera emplea el término corrupción)¹³⁰. Se viene a partir, pues, de un estadio ulterior en el que tal cuestión se tendría ya por resuelta en sentido negativo. Y no conviene perder de vista, además, que la respuesta que se busca lo es respecto de una cuestión de fondo llamada a cimentar el entendimiento de la figura, por lo que será en función de ella que deberá conducirse, en un segundo momento, la exégesis de los términos típicos. Si se responde que ejemplos como el señalado son corrupción privada conforme al concepto de referencia —y, como he dicho, no se aportan razones desde la definición analizada para concluir que no lo son— lo coherente sería entonces pasar a estudiar hasta qué punto, términos como el de *directivo* o el de *administrador* (de hecho) serían capaces de dar al menos cierto acomodo al empresario en este tipo penal, como —partiendo de otras convicciones— ya ha ensayado para esta figura un sector de la doctrina¹³¹.

En definitiva, la explicación de la ausencia del empresario en el tipo de corrupción pasiva a partir de un pre-concepto de corrupción cuenta con el innegable atractivo de la inexpugnabilidad de la lógica, lo que puede parecer incluso que la dota de un cierto envoltorio científico. Un silogismo, está claro, resulta inatacable desde dentro. Si el corrupto debe ser un *encargado*, y el empresario no es un *encargado*, entonces el empresario no puede ser corrupto. Pero lo importante en este caso no es la seducción de la lógica, sino verificar la corrección de las premisas. Y para aseverar que el principal, empresario o titular del negocio, no ocupa en el art. 286 bis.1 la posición de *encargado*, es decir, que no ostenta desde su posición un deber incompatible con el que se derivará de la aceptación de la ventaja, necesitamos en este caso del art. 38 CE al que antes me refería y que es el que dota en nuestro ordenamiento de cobertura a su actuación a través del reconocimiento de la libertad de empresa que le ampara. De modo que, con carácter general,

¹²⁹ Los ejemplos pueden multiplicarse también con referencia a otras normas. Piénsese, sin ir más lejos, en la incentivación con ventajas externas de acuerdos para imponer los precios en un sector del mercado, o para limitar la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de empresas o de consumidores (conductas caracterizadas como abuso de posición dominante por el art. 2 LDC).

¹³⁰ Sino que incrimina la conducta de determinados sujetos que acepten ventajas para favorecer indebidamente a otros en ciertos aspectos de los negocios. El término *corrupción* aparece solo en la rúbrica de la Sección 4.ª y, como verbo típico, en alguno de sus preceptos (*corrompieren* o *intentaren corromper*: art. 286 ter), pero no en la redacción del art. 286 bis, lo que obliga a ser si cabe más cautelosos con la proyección en él de ciertos pre-conceptos como opción hermenéutica necesaria.

¹³¹ Véase *infra*, cap. III, 1.3.2.

el empresario no tiene un deber posicional de adoptar sus decisiones comerciales anteponiendo siempre la eficiencia de los productos o servicios que contrata (como en cambio sí lo tiene un administrador público). En otros contextos, obviamente sí tiene deberes como operador en el mercado, estando sujeto a obligaciones que limitan su libertad en el ámbito competencial y le prohíben determinados comportamientos. Pero en el de la simple contratación de bienes y servicios en función de su calidad y precio (*adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o relaciones comerciales*) en el que se mueve el art. 286 bis CP, su selección es libre en todo lo no prohibido por las leyes, pues nuestro ordenamiento no ha sacralizado —afortunadamente— un deber de objetividad en las decisiones de mercado. Esta apelación a la libertad de empresa constituye, pues, a mi juicio, complemento material indispensable de aquella justificación puramente lógica o deductiva. Además, solo este anclaje material será capaz de proveernos, en mi opinión, de un criterio sólido con el que perfilar después el auténtico alcance que debe otorgarse al consentimiento del empresario en relación con la percepción de ventajas por parte de sus dependientes¹³², cuando el planteamiento lógico de referencia solo puede atribuirle una eficacia general e indiscriminada¹³³.

Hecha esta consideración de fondo, es cierto: preferir el empresario ofertas menos competitivas por razón de las ventajas de las que se las acompaña no es corrupción, ni debe su comportamiento resultar típico ex art. 286 bis CP.

5. Por último, un par de precisiones para salir al paso de dos reticencias que habitualmente se perciben frente al planteamiento aquí defendido y que en realidad se alimentan, en mi opinión, de malentendidos en relación con él antes que del planteamiento en sí:

a) Que la conducta del empresario sea atípica (puesto que al aceptar lo que no son desde su posición sino promociones comerciales no puede conceptualmente actuar *indebidamente* frente al competidor), no va a significar que su consentimiento vaya a tener un efecto redentor en relación con conductas prohibidas de sus dependientes¹³⁴. Principal y dependiente son uno frente al mercado. Y si la conducta afecta negativamente al mercado —competencia leal— siendo típica por no estar amparada por la libertad de empresa (lo que ocurrirá si no se realiza objetivamente en interés del princi-

¹³² Tal consentimiento, en realidad, solo podrá abarcar las percepciones que redunden en beneficio objetivo del principal, pero no las neutras, porque la libertad de empresa no justifica que se restrinja la competencia leal en estos últimos casos). Cfr., *supra*, cap. II.4.

¹³³ Así, KINDHÄUSER, 2007: 14. Para el autor, «si el titular del negocio no puede ser responsable penalmente por la aceptación de la ventaja, entonces debe ser improcedente una sanción penal para el empleado si el titular del negocio consiente el acuerdo de ventaja o incluso da una orden en este sentido», sin distinciones.

¹³⁴ Sobre el papel del consentimiento, en general, *supra*, cap. II, 4.

pal), se tratará de una conducta prohibida sobre la que el principal carece de competencia alguna para legitimarla.

Aquí parecen latir dos confusiones: primera, que las conductas de tales dependientes están en realidad prohibidas en aquellos casos. Y segunda, que el consentimiento consiste en la voluntad libérrima de un sujeto individual, que operaría como una especie de ser superior capaz de tornar en lícito lo prohibido. Nada de eso es así. En cuanto a lo primero, si la oferta acogida responde objetivamente al interés social en el caso del empresario colectivo (o al interés subjetivo en el caso del empresario individual), la conducta es conforme a Derecho ya acepte la oferta directamente el principal o lo haga el dependiente en su nombre. En consecuencia, y yendo ahora a lo segundo, cuando se habla de consentimiento o aquiescencia del empresario no debe pensarse, al menos en el caso del empresario persona jurídica —que será el habitual— en un acto de voluntad individual, sino en una valoración objetivizada, normativizada conforme al contenido del art. 38 CE, del interés de la sociedad. Mientras la oferta en su conjunto, esto es, valorada con las ventajas que puedan acompañar a las bondades inherentes al propio producto o servicio, resulte, conforme a la lógica y la experiencia y a los criterios de mercado, favorable al interés objetivo de la sociedad, será atípica por, en ese concreto sentido, mediar el consentimiento. Si es, en cambio, perjudicial para el interés social pero también si sencillamente no le resulta beneficiosa (neutra), no cabrá hablar de consentimiento ni de atipicidad, pues se resiente la eficiencia en el mercado a cambio de un beneficio individual que la libertad de empresa no ampara (p. ej., los miembros del Consejo de Administración seleccionan a un determinado proveedor, equiparable a los demás existentes en el mercado, pero porque les ofrece ventajas particulares)¹³⁵. En otras palabras: el empresario puede perjudicar la eficiencia en el mercado (porque hacerlo no es corrupción), pero no puede (no es competente para) tolerar la corrupción. No hay voluntad jurídicamente válida alguna (p. ej., la que pueda expresar el administrador de la sociedad) de tolerar el ataque a la eficiencia del mercado que redunde exclusivamente en el interés individual del dependiente, aunque no perjudique al operador en el mercado desde el que se opera.

b) Que el empresario no pueda ser sujeto activo de la corrupción privada pasiva, por otro lado, en nada empece para que sea la competencia el bien jurídico tutelado. Como tampoco, ahora desde el punto de vista de la eficiencia político-criminal de la incriminación, ello parece suponer en absoluto que se dejen sin protección flancos importantes de ataque respecto de ese bien jurídico que, sin embargo, pudieran estar necesitados de respuesta

¹³⁵ Nótese que con un entendimiento del consentimiento como voluntad individual se daría la paradoja de que, en tanto que legales representantes de la voluntad societaria, podrían consentir su propio ilícito (lo que —dicho sea solo para ilustrar el despropósito— sería tanto como admitir que, si la opción no fuese neutra sino perjudicial para su empresa, podrían estar consintiendo su propia administración desleal). Véase, *supra*, cap. II, 4.

penal. Al contrario, las conductas a atajar según lo observado en la experiencia internacional de la que a la postre trae causa nuestra regulación y las de nuestro entorno, son precisamente las de quienes se corrompen en el seno de las estructuras empresariales que operan en el mercado (dependientes), por ser para los corruptores un eslabón cómodo y económico que permite ganar mercados de forma más rentable que invirtiendo en auténtica innovación y competitividad efectivas. Las conductas competencialmente desleales o las prácticas colusorias así como las restrictivas o de falseamiento de la competencia, que sí son conductas realizadas directamente por los distintos operadores en el mercado (empresario o titular del negocio), obtienen adecuada respuesta en otros ámbitos del ordenamiento. Se trata aquí de conductas que habitualmente se adoptarán por los beneficios que en sí mismas reportan al operador económico que las comete (p. ej., al abusar de posición dominante), y rara vez por el incentivo añadido (soborno) que pueda ofrecerles otro actor en el mercado para que las adopte (sin perjuicio de que pueda valorarse en su caso, y siempre desde el necesario respeto al principio de intervención mínima, la conveniencia del refuerzo penal respecto de comportamientos concretos, naturalmente a través de nuevas figuras distintas del art. 286 bis CP).

1.3.2. Posturas favorables a la inclusión del empresario. Crítica

Aunque he expuesto ya mi posición entendiendo que el empresario está ausente en el tipo de corrupción pasiva privada y además que ello debe ser así —se ha preferido empezar por ahí—, interesa también ofrecer a continuación una panorámica de la situación doctrinal existente a este respecto, que no coincide con la que aquí se ha propuesto y además resulta, en determinadas apreciaciones, la mayoritaria.

En general, todas las posturas favorables a la inclusión del empresario como posible sujeto activo de la corrupción pasiva privada tienen como trasfondo común la convicción de que la percepción de ventajas por su parte resulta, en lo que a lesividad para la competencia leal se refiere, equiparable a la que pueda entrañar la misma percepción por parte de sus dependientes. Esta apreciación es cierta y compartible desde todo punto de vista, también desde la tesis que defiende, por cuanto constituye en realidad una obviedad. Si un operador en el mercado adopta decisiones opuestas a la mejor eficiencia de los productos y servicios que selecciona, lógicamente, el principio de eficiencia se resiente. Lo que ocurre es que, según el criterio que sostengo, puede adoptar tales decisiones libremente (dentro de los límites que la legislación sobre competencia desleal y defensa de la competencia le permitan) en virtud de un principio superior que informa el sistema económico, por lo que tales conductas no son corrupción, no debiendo en consecuencia tampoco estar idealmente el empresario entre el círculo de sujetos activos de este delito. El planteamiento mayoritario, en cambio, considera que el em-

presario no está en el tipo pero que no existe impedimento alguno para que pueda estar, como de hecho debería —según esta percepción— con lo que su ausencia es valorada como una incongruencia del legislador¹³⁶. Si efectivamente se quiere evitar la burla de la eficiencia como criterio de selección de productos y servicios en el mercado —se dirá— el titular del negocio que acepta ventajas adicionales ajenas a la calidad u otras bondades inherentes al producto o servicio para preferir las ofertas de un determinado interviniente en el mismo en detrimento de los competidores de este debe ser igualmente sancionado.

Por ello la doctrina mayoritaria ha solido lamentar y criticar la ausencia del empresario entre la relación de los sujetos activos del delito, considerándola una laguna legal. Aunque se advierte también en los últimos tiempos una línea doctrinal, si se quiere más audaz y menos resignada que, sin esperar pasivamente a una decisión *de lege ferenda*, ha pasado, por así decirlo, a la acción, y ha entendido que hay margen hermenéutico suficiente para incluir al empresario ya *de lege lata*. A efectos expositivos resultará de interés separar por ello entre los planteamientos que, siempre compartiendo aquel mismo trasfondo, asumen la actual ausencia del empresario y los que la rechazan. En la exposición se incluyen las correspondientes valoraciones críticas respecto de las ideas que orbitan en torno a cada uno de ellos.

1.3.2.1. Planteamientos que asumen su ausencia *de lege lata*

1. Mayoritariamente se asume en España que el empresario no está en el tipo del art. 286 bis.1 CP y se cree, por lo dicho, que sí debiera estar en él¹³⁷. La explicación más socorrida a esta situación culpa de ello a una defectuosa técnica legislativa, atribuyéndola a un incomprensible descuido u olvido del legislador que debería, por tanto, ser subsanado *de lege ferenda*¹³⁸.

Esta situación es en buena medida análoga a la experimentada en el Derecho alemán, que siempre se tomó (habrá que ver si sigue ocurriendo lo mismo tras su reforma de 2015) como modelo de referencia por considerarlo expresión de un deseable canon de tutela estrictamente competencial. En efecto, la descripción de la conducta típica de corrupción pasiva privada también ha excluido tradicionalmente en el § 299 StGB al empresario como sujeto activo, pues se trató siempre en aquel país de un delito especial comisible solo por «el empleado o encargado de un establecimiento comercial» (hoy «empleado o directivo de una empresa»), lo que la doctrina germana ha

¹³⁶ Por todos, y entre los más recientes, ENCINAR DEL POZO, 2016: 303.

¹³⁷ Pueden verse, entre otros muchos, ENCINAR DEL POZO, 2016: 303; NAVARRO FRÍAS/MELERO BOSCH, 2011: 12 y ss.; MENDOZA BUERGO, 2011: 429 y ss.; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, 2013: 355; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2015: 385; VENTURA PÜCHSEL, 2010: 324 y ss.

¹³⁸ Por todos, NAVARRO FRÍAS/MELERO BOSCH, 2011: 12 y ss., 19.

acostumbrado a atribuir también a una censurable redacción de su Derecho positivo cuya mejora *de lege ferenda* siempre propugnó. También en esto, en la evolución legislativa, puede advertirse un curioso paralelismo entre ambos ordenamientos, pues ambos fueron reformados en 2015 sin atender esta demanda doctrinal¹³⁹.

2. Un argumento singular esgrimido en ocasiones en aquel país para justificar la conveniencia de su contemplación expresa ha sido el relativo a la necesidad de dotar de cobertura penal a los comportamientos corruptos que pueden mantener ciertos profesionales liberales, pensando sobre todo en la prestación de asesorías por parte de arquitectos, médicos, asesores de inversión, etc. Ello en la medida en que, se dice, en otro caso la punibilidad o no de estos supuestos se hace depender injustificablemente de que tales profesionales sean empleados de la empresa o, por el contrario, dueños de la misma¹⁴⁰. Sin embargo, esta situación no se da en mi opinión en el ordenamiento español, en el que las conductas del asesor externo encontrarían acomodo en su caso¹⁴¹ en el concepto de *colaborador* expresamente recogido en el art. 286 bis.1 CP¹⁴², y ello tanto si se trata de un profesional liberal autónomo como de una empresa, persona jurídica.

Esto último —es decir, el hecho de que el *colaborador* pueda ser una empresa— nada tiene que ver con el hecho de que el empresario no esté (por la vía del *colaborador*) incorporado al tipo, pues lo determinante del colaborador, como del resto de los citados en el precepto, es que actúan en calidad de *dependientes* del principal y vinculados por un deber de fidelidad hacia él, y no de forma independiente, como operadores directos en el mercado. Lo decisivo, señala Tiedemann, es la infracción de deberes y la infidelidad respecto del mandante, que no cuenta con que la asesoría no se presta objetivamente, sino bajo la influencia del soborno¹⁴³, por lo que, añadido, tales comportamientos encuentran en el texto español la cobertura indicada, siempre claro está que se produzcan concurriendo el resto de requisitos que conforman el contexto específico de este tipo penal en nuestro país. Dos cuestiones distintas son, por tanto:

¹³⁹ Por lo que se refiere al precepto alemán, con anterioridad a la reforma este refería como sujetos activos a quienes actuaban en el tráfico comercial *als Angestellter oder Beauftragter eines geschäftlichen Betriebes*, aludiéndose tras la reforma a quien lo hace como *Angestellter oder Beauftragter eines Unternehmens* (§ 299.1 StGB), pero sin aludir al titular del negocio o empresario.

¹⁴⁰ Véase TIEDEMANN, 2010: 316.

¹⁴¹ En efecto, el problema en relación con la eventual tipicidad de las conductas de asesoramiento no es que no puedan encontrar un valedor entre los sujetos típicos del precepto español, sino otro: la cumplimentación del requisito no escrito de que la actuación se realice ejercitando funciones específicas en la contratación de bienes y servicios para el principal. Sobre ello, *supra*, cap. III, 1.1.1.3. —sobre el concepto de colaborador—, e *infra*, cap. III, 3.

¹⁴² El asesor interno tampoco representaría lógicamente problema alguno, pues tendría cabida en tanto que *empleado*.

¹⁴³ TIEDEMANN, 2010: 316.

a) *Primera*, que se quieran incriminar asesoramientos inadecuados influidos por sobornos en otros contextos distintos del tráfico comercial de bienes y servicios, en cuyo caso deberían obviamente instaurarse los correspondientes tipos penales específicos. Naturalmente, ello requeriría que se justificase desde la intervención mínima la necesidad de ese refuerzo penal de la infidelidad, al margen de la afectación instrumental que pudiera suponer la conducta para otros bienes jurídicos tutelados a través de otras figuras (vgr., estafa). Esta situación se da actualmente en el Código Penal en contados supuestos, al haber advertido el legislador dicha necesidad de reaccionar frente a ciertos abusos de funciones por la trascendencia social que entrañan en sí mismos considerados, como es el caso del abuso de funciones del abogado o procurador (art. 465 CP) o del asesoramiento por su parte de intereses contrarios (art. 467), comportamientos a los que hipotéticamente cabría añadir la agravante genérica de mediar precio si su comisión se produjera a cambio de ventajas o sobornos (art. 22.3.^a CP). Pero, desde luego, no parece existir desde la intervención mínima una necesidad generalizada de incriminar otros asesoramientos defectuosos por sí mismos, no instrumentalmente orientados hacia la comisión de otros delitos.

b) *Segunda*, que, aun sin salir ahora del ámbito comercial (del de la *adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o relaciones comerciales*), se quieran incriminar asesoramientos inadecuados prestados a personas físicas, pues actualmente en el ámbito del mercado solo son punibles los que prestan los empleados (internos) o colaboradores (externos) a sociedades o empresas, pero no los prestados a particulares consumidores, no empresarios. Con un ejemplo: si el arquitecto autor del proyecto influye en el promotor de la obra para que se contrate a una determinada empresa constructora porque esta le ofrece a él una comisión injusta, la conducta cae en el ámbito del art. 286 bis si el promotor es una «sociedad o empresa mercantil», pero no si es un particular. De quererse en otro sentido, de nuevo, deberían obviamente acometerse las modificaciones legales oportunas.

3. En otro orden de consideraciones, también deben incluirse en la órbita de pensamiento de las posturas que asumen que el empresario no está recogido en el tipo otras posiciones que, en sentido diametralmente opuesto a la tesis del descuido o del olvido del legislador, sí encuentran argumentos materiales para justificar dicha ausencia. Al margen ahora de mi posición personal sobre el particular —expuesta *supra* y que encontraría aquí, atendiendo a esta clasificación, su encaje—, debe mencionarse especialmente la explicación que apunta a razones de intervención mínima para que el legislador adoptara —conscientemente por tanto, y no por descuido— esta decisión político criminal. En virtud de ella, con la omisión de la referencia al empresario se habría tratado de excluir los supuestos de menor entidad que representarían las conductas corruptas de los empresarios individuales fren-

te a las del gran empresario societario¹⁴⁴. Pues incluyendo aquella referencia, se dice, solo el empresario individual, de menor peso en el mercado, acabaría en las redes del tipo penal por ser fácilmente identificable como perceptor de ventajas, mientras que el empresario colectivo acabaría sorteando la aplicación de aquella respuesta punitiva.

Como expuse en su momento¹⁴⁵ esta explicación parte de la identificación del perceptor de la ventaja con el titular del capital social, entendiendo así que puesto que «en sociedades mercantiles abiertas resulta difícil imaginar que todos los socios directamente sean los destinatarios de la ventaja» quedaría habitualmente excluida la consideración del ente colectivo como perceptor. Pero tal presuposición es, sin embargo, inexacta, pues resulta perfectamente posible la percepción de ventajas por parte de la persona jurídica sin que para ello se requiera en absoluto que todos y cada uno de los socios sean destinatarios de aquella.

Por otra parte si, al margen de aquella consideración, de lo que quisiera hablarse es de la necesaria fragmentariedad del Derecho penal y por consiguiente de la renuncia por intervención mínima a la inclusión del (pequeño) empresario individual entre el círculo de posibles sujetos activos, ello tampoco termina de ser congruente con dos circunstancias. Primero, con el hecho de que se incriminen todas las actuaciones corruptas hasta del último y menos importante de los empleados de la empresa, sin exigir que se disponga siquiera de un cierto poder de decisión en su seno, pese a que ello parece resultar inherente a un bien entendido concepto de corrupción, dado que «para que la corrupción valga la pena, el encargado debe por lo general ser una persona que pueda tomar decisiones de cierto peso»¹⁴⁶. Al contrario, la atenuación facultativa del apdo. 3.º del art. 286 bis CP confirma que de entrada son punibles todas las corruptelas, debiendo practicarse después y en su caso las modulaciones punitivas que resulten oportunas en atención a la trascendencia de las funciones del culpable. Segundo, si se tratase de excluir únicamente al pequeño empresario individual y no al gran empresario societario, ello tampoco podría reputarse coherente con el hecho de que con la redacción dada, sencillamente, se omiten los dos. Téngase presente que la extensión de la responsabilidad a la persona jurídica ex art. 288 CP no responde a este supuesto de hecho (percepción de ventajas por parte de la

¹⁴⁴ BAÑERES SANTOS/NIETO MARTÍN, 2006: 220. También BAUCELLS y GUARDIOLA encuentran una explicación político-criminal a esta ausencia, que no descansaría pues en un olvido del legislador. En su opinión la exclusión del empresario «responde a una determinada orientación político-criminal que no lleva hasta sus últimas consecuencias la protección de la competencia en el mercado a través del Derecho penal, excluyendo de su ámbito de punición a los sujetos que, precisamente, son por lo común objeto de sanción en el ámbito extra-penal». Ello certificaría, a su juicio, el carácter exclusivamente simbólico del precepto: BAUCELLS LLADÓS/GUARDIOLA LAGO, 2014: 243.

¹⁴⁵ *Supra*, cap. I, 2.

¹⁴⁶ KINDHÄUSER, 2007: 6.

propia persona jurídica) y que, además, dicho precepto no es aplicable a la corrupción pasiva¹⁴⁷.

1.3.2.2. Planteamientos que no asumen su ausencia *de lege lata*

Se agrupan en este segundo bloque las reflexiones doctrinales que, de uno u otro modo, han entendido que el empresario encuentra ya su espacio con la redacción vigente, bien sea utilizando los propios términos o la sistemática interna del art. 286 bis —lo que le permitiría ser autor del delito—, bien sea apoyándose como causas de extensión de aquella tipicidad en las formas de participación o en la previsión de responsabilidad penal de las personas jurídicas contenida en el art. 288 CP.

a) Inclusión del empresario en los términos típicos existentes (autor)

1. Doctrinalmente, la propia indeterminación en la enumeración de los sujetos activos de la que adolece el precepto se ha considerado en ocasiones argumento por sí solo suficiente para poder interpretar que el empresario no tiene impedimento para formar parte de aquellos¹⁴⁸, aunque lo habitual ha sido intentar encontrarle acomodo bajo el paraguas de alguno de los sujetos específicamente aludidos. Así, una primera alternativa ha intentado acogerlo bajo el concepto de *directivo*, entendiendo que la exclusión del empresario respecto de él «no se deduce ni del sentido gramatical del término (que tiene facultad o virtud de dirigir) ni del funcional (que tiene cierta capacidad de decisión)»¹⁴⁹. *Directivo*, sin embargo, resulta ser conceptualmente un dependiente de la empresa, sin perjuicio de que su indeterminación sí permita después interpretarlo bien en un sentido más restrictivo (RD 1382/1985), bien en otro más laxo¹⁵⁰.

2. Una segunda y más elaborada opción ha sido la de cobijar al empresario bajo el concepto de *administrador de hecho*, modalidad de administración que, como se ha explicado, debe efectivamente considerarse incluida en el concepto genérico de *administrador* que emplea el tipo. En este sentido, Gil Nobajas ha entendido que una vez «admitida la inclusión del administrador de hecho, no hay inconveniente para considerar igualmente englobado al titular de la empresa»¹⁵¹, de modo que la ausencia del empresario en el

¹⁴⁷ En la amplitud con la que se define la responsabilidad de las personas jurídicas se ha visto en alguna ocasión, en cambio, un argumento definitivo para sostener la inclusión del empresario: véase OTERO GONZÁLEZ, 2011: 34.

¹⁴⁸ *Ibid.*: 34.

¹⁴⁹ BAÑERES SANTOS, 2011: 149.

¹⁵⁰ *Supra*, cap. III, 1.1.1.1.

¹⁵¹ GIL NOBAJAS, 2015: 595. Esta conclusión, esto es, que el titular de la empresa es sujeto activo idóneo en la corrupción pasiva, es en su opinión la única congruente con un modelo puro de

art. 286 bis CP constituiría una simple apariencia¹⁵²; y es que en la posición de esta autora la observación de que el socio mayoritario, titular de la empresa, puede ser administrador de hecho de esta, parece permitir la identificación o el libre tránsito entre estas categorías.

Al respecto hay que señalar que, desde luego, no hay obstáculo para que el socio mayoritario —que en determinada acepción puede identificarse con el titular de la empresa— si se da la circunstancia de que ostente formalmente el cargo de administrador¹⁵³, o de que lo detente *de facto* pueda cometer corrupción privada pasiva. Pero es muy importante advertir que la cometerá en tanto que administrador, al no actuar en el interés objetivo de la empresa, y no en tanto que empresario, operador en el mercado. La afirmación de que el empresario, entendido como principal (como operador en el mercado), queda fuera del tipo, permanece pues íntacta.

La discusión no se libra pues en el plano terminológico, es decir, en el de la cabida o extensión que toleren los términos típicos. Sin duda administrador puede ser aquel a quien en determinada acepción se considere el titular de la empresa, en tanto que socio mayoritario. Pero siendo en ese sentido el titular de la empresa administrador, y aun estando el administrador contemplado como sujeto activo en el tipo, no con ello se valida la conclusión de que el empresario es sujeto activo idóneo del delito. El obstáculo está en el terreno de la estructura típica, pues el art. 286 bis no se construye, desde el planteamiento que se ha venido explicando a lo largo de este trabajo, como el refuerzo penal del incumplimiento de las obligaciones en materia de competencia por parte de los operadores en el mercado¹⁵⁴, sino como ataque a la competencia desde la deslealtad interna a un operador en el

competencia en la tipificación de esta corrupción y, además, le encuentra respaldo en el tenor legal. (A mi juicio, como he intentado explicar, la competencia en el sentido estudiado es efectivamente lo tutelado por este delito; pero el propio operador en el mercado no puede ser sujeto activo por la forma de agresión a ese bien jurídico elegida, la corrupción, y por las derivaciones de la libertad de empresa).

En el sentido indicado, se afirma (*ibid.*: 585): «la nota común [...] desde un concepto material de administrador de hecho es que el sujeto ostenta el dominio social típico a través del desempeño real y efectivo de las funciones de administración, directamente o por medio del administrador formal. Bajo esta perspectiva puede hablarse efectivamente de coincidencia entre el titular de la empresa y el administrador de hecho». «Es más, en el caso de que el socio comparta la condición de directivo, no hay problemas para considerarle sujeto activo del delito de corrupción privada pasiva, puesto que es uno de los sujetos específicamente mencionados en el tipo. No así, incomprensiblemente, en los demás supuestos desde una concepción del art. 286 bis conforme a un modelo puro de competencia».

¹⁵² *Ibid.*: 590, 591.

¹⁵³ No solo, por tanto, si es administrador de hecho.

¹⁵⁴ El trabajo mencionado parte en cambio de otra premisa, cual es la de «considerar que las únicas obligaciones que incumple el sujeto son las relativas a la competencia o resto de competidores y no las que le vinculan a la empresa en la que desempeña su cargo, función o trabajo el sujeto sobornado [lo que] elimina el principal obstáculo para considerar al titular de la empresa sujeto activo del tipo» (*ibid.*: 589, 590).

mercado, ya que la única forma de ataque a ese bien jurídico contemplada es la corrupción.

La insistencia en la inclusión del titular de la empresa como posible sujeto activo descansa en aquella postura en la convicción de que solo con ello se da cumplida satisfacción al ideal de tutela que supuestamente reclamaría un modelo puro de competencia, que a toda costa se desea ver implantado¹⁵⁵. Sin embargo, esta convicción no está a mi juicio justificada. Como se ha reiterado en este trabajo, el hecho de que el empresario no esté entre los posibles autores no tiene que ver con que el delito no tutele la competencia, que efectivamente tutela, o con que la tutele mal, sino con la forma de ataque que frente a ella se ha elegido. Si «A» —reiterando la esencia de un ejemplo ya propuesto— ofrece a la empresa «B» abrirle la puertas en el mercado asiático a sus productos a cambio de que la empresa «B» acepte vender a pérdida en España durante determinado periodo de tiempo los productos de su línea «L», con lo que «A» podrá desbancar en este sector de producción a su competencia, entonces: *a)* coloquialmente podrá, si se desea, hablarse de un comportamiento corrupto; *b)* se está ante una conducta ilícita conforme a la legislación de competencia desleal; pero, *c)* no se está ante el delito del art. 286 bis CP.

Sí, en suma, quien recibe la ventaja es el operador económico en sí, y no un dependiente, aunque este sea el socio administrador de hecho o de derecho y titular de la mayoría del capital social, no se está ante la estructura típica estudiada. Del mismo modo en que si, en sentido inverso, quien recibe la ventaja lo que hace es instrumentalizar a la sociedad en su favor (ello, como se ha explicado, sin necesidad de causarle un perjuicio —en cuyo caso se entraría en el terreno añadido de la administración desleal— sino simplemente realizando una operación neutra, meramente no beneficiosa para la sociedad), cometerá corrupción privada pasiva aunque se trate del socio poseedor del 51 por 100 de las acciones y titular, en ese específico sentido, de la empresa.

Como se ve, pues, la postura aquí defendida no obsta para que puedan resultar igualmente típicos algunos ejemplos propuestos o asumidos por Gil Nobajas, incluso extendiendo en algún caso la tutela de la competencia más allá de lo que lo hace su postura. Así, debe reputarse típico el caso en el que el administrador notorio (pudiera ser también socio mayoritario) determina la contratación de un servicio con determinada empresa por el beneficio particular que en forma de «sueldo» le procura la empresa prestataria del servicio, «bloqueando así la posibilidad de cualquier otro competidor que lo proporcione en mejores condiciones económicas y/o de calidad»¹⁵⁶. Ello,

¹⁵⁵ Para GIL NOBAJAS la exclusión del titular de la empresa solo sería acorde con una interpretación del tipo en clave de deslealtad *ad intra* por parte del dependiente, interpretación que se impondría con la anterior exigencia de un incumplimiento de obligaciones (*ibid.*: 589 y ss.).

¹⁵⁶ *Ibid.*: 594.

hay que puntualizar según lo sostenido en este trabajo, sería así aunque bloquease ofertas iguales, porque simultáneamente no reporta beneficio alguno a la empresa de la que es administrador de hecho (incluso si mayoritario en la titularidad de las acciones). En cambio, esto último, es decir, procurar un beneficio objetivo para el principal, matizará a mi juicio la tipicidad en otro ejemplo¹⁵⁷: el del socio mayoritario que, conociendo las ofertas de otros competidores, desvela a cambio de una cantidad de dinero o regalo las distintas ofertas a fin de que la empresa sobornante pueda mejorarla. Aquí, se afirma, «la empresa de la que es socio el sobornado no se ve patrimonialmente perjudicada, ni tiene sentido hablar de una actuación contraria a su interés, pero claramente se distorsionan y vulneran las reglas de la competencia leal», dando a entender que debe por ello resultar en todo caso típico dicho comportamiento desde un modelo puro de tutela competencial. Sin embargo, este supuesto será efectivamente típico solo y en su caso porque la actuación tampoco haya sido a la vez beneficiosa para la empresa, siendo atípica conforme al art. 286 bis.1 CP si objetivamente la beneficia, sin perjuicio todo ello de eventuales responsabilidades disciplinarias para el actuante y de las que puedan derivar de la normativa competencial para la empresa.

Debe asumirse, por tanto, que existe un interés objetivo de la empresa, como entidad distinta y separada de sus socios, directivos o administradores, y por supuesto de sus empleados y colaboradores. Y que un administrador socio mayoritario puede perfectamente cometer corrupción pasiva si se desvía del principio de eficiencia en el mercado en la compra a un proveedor a cambio de una ventaja privada, desentendiéndose del interés social. Del mismo modo en que si, además de desentenderse de él, perjudica a la sociedad, habrá también administración desleal, por más que hablemos del «dueño» de la empresa.

3. Sin fijarse en particular en ninguno de los cuatro sujetos específicamente mencionados en el apdo. 1.º del art. 286 bis, pero en todo caso ajustándose al alcance que puede ofrecer el tenor del precepto, la inclusión del empresario ha querido derivarse también de la propia sistemática interna del artículo en su conjunto, invocando la congruencia con la tipicidad de la corrupción activa. En este sentido —se ha dicho— «la inclusión del titular de la empresa en el círculo de sujetos activos del delito de corrupción pasiva parece imponerse por coherencia entre las modalidades activa y pasiva, ya que si no hay inconveniente en considerar al administrador de hecho como sujeto del que parte el soborno, tampoco debe limitarse la posibilidad de que este mismo sujeto sea el sobornado en defensa de un modelo referido a la competencia»¹⁵⁸.

¹⁵⁷ *Ibid.*: 593, tomado de OTERO GONZÁLEZ, 2011: 14.

¹⁵⁸ GIL NOBAJAS, 2015: 594.

Sin embargo, hay que distanciarse de esta invocación de un modelo puro de competencia como argumento de autoridad y multiusos, en virtud del cual, como si de palabras mágicas se tratase, podría quedar validada cualquier conclusión que sencillamente no se le oponga. Se tutela la competencia, sí, pero el empresario no es sujeto activo de la corrupción pasiva. Nada tiene que ver que sí pueda serlo del delito común de corrupción activa: en él el sujeto activo lesiona la competencia a través del corrupto que opera prescindiendo del interés de su empresa, y no tiene nada de particular que el círculo de sujetos activos resulte distinto en cada modalidad de corrupción.

4. Ni la interpretación extensiva de los términos con los que se alude expresamente al sujeto activo en este precepto, ni pretendidas interpretaciones intrasistemáticas del mismo permiten a mi entender, como se ha visto, considerar incluido en él al empresario.

A mi juicio, donde la redacción legal vigente sí ofrecería actualmente materia prima sólida con la que tallar el espacio en el que podría sentarse al empresario entre los sujetos activos de este tipo penal es en la actual previsión de la posibilidad de que el receptor de la ventaja la reciba no solo para sí, sino también *para un tercero*. Esta posibilidad fue en realidad introducida con la reforma de 2015, pues en su versión originaria el art. 286 bis (entonces apdo. 2.º), aunque previó que el beneficio o ventaja lo pudiese recibir (aceptar o solicitar) el sobornado «por sí o por persona interpuesta», no contempló la opción de que la recibiese más que para sí.

Evidentemente, puesto que desde la posición que asumo en este trabajo son razones de fondo —en este sentido, previas a la literalidad de la norma y de superior rango— las que me llevan a entender excluido al empresario del ámbito típico, dicha posición no debe verse en absoluto modificada por una interpretación posible —que no obligada: *tercero* debe entenderse como otro distinto del empresario— de los términos típicos. Sin embargo, sí debe dejarse constancia del potencial de la fórmula actualmente vigente para quienes, desde otros postulados, defiendan la necesidad de la inclusión del titular del negocio. No en vano esta misma previsión de *Drittvoorteil* ha constituido tradicionalmente en Alemania un camino destacado para sortear la omisión del empresario que también aqueja —dirían los usuarios en tal sentido de la fórmula— a su ordenamiento.

b) Inclusión del empresario a través de causas de extensión de la tipicidad. Participación y responsabilidad penal de la persona jurídica

1. La competencia leal en el mercado, según lo visto, no está protegida por el art. 286 bis frente a los ataques del empresario, porque no son corrup-

ción (dicha competencia sí está protegida frente a sus ataques como operador de mercado, obviamente, en otras normas, pero no en el art. 286 bis CP). Por lo que al art. 286 bis respecta el empresario puede, en otras palabras, adoptar libremente en el mercado decisiones contrarias al principio de objetividad o de eficiencia.

Por ello no tiene sentido a mi juicio que se intente encontrar su responsabilidad como partícipe en aquello en lo que no puede tenerla como autor. Eso sucedería si su posición respecto de este tipo penal fuese simplemente la del *extraneus*, pues en estos casos lo único que ocurre es que no concurren en el sujeto (partícipe) las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor (art. 65.3 CP), pero el bien jurídico sí se halla protegido frente a él. No es este el caso. Podrá ser partícipe conforme a las reglas generales, por ejemplo, el familiar del directivo que, no siendo a su vez directivo, administrador, empleado o colaborador, contribuya a que se consume la transacción corrupta, pero no el empresario (si la actuación lo es en los términos estudiados), pues lo que este tiene vetado en virtud del sentido típico no es su contribución como autor, sino su *intervención* misma en el delito (sea en grado de autoría o de participación)¹⁵⁹.

La vía de la participación ha sido sin embargo ensayada doctrinalmente como subterfugio para sortear la omisión legal (el «olvido») del empresario¹⁶⁰. Pero es verdad que esta extensión de la responsabilidad no puede generar sino extrañeza¹⁶¹, pues ya a primera vista proyecta una imagen deformada en algunos extremos. Así, se revela en primer lugar paradójico que haya de ser autor quien en el seno de la empresa depende funcionalmente del partícipe, lo que ya hace tiempo pudo verse como una perversión o una curiosa inversión de los términos¹⁶²; o que, por la *menor trascendencia de las funciones del culpable* en el Derecho positivo español pudiese sufrir el autor una pena inferior que la que pudiera corresponder al partícipe en el mismo delito (art. 286 bis.3 CP)¹⁶³; o que, en fin, al referirse a la inducción pueda advertirse en ello una confusión de la relación trilateral que la co-

¹⁵⁹ Por obvia, esta aclaración resultará seguramente innecesaria; pero preferiré pecar por exceso: que la Decisión Marco 2003/568/JAI, de 22 de julio exhortase expresamente a los Estados miembros a tomar las medidas necesarias para asegurar que la complicidad y la incitación a cometer los actos mencionados en el art. 2.º constituyesen infracciones penales (art. 3.º DM), en nada se incumple por el hecho de que el empresario no pueda ser partícipe en el delito. Evidentemente —se acaba de poner un ejemplo de ello— la participación por parte de quien puede intervenir en el delito es punible en la corrupción privada.

¹⁶⁰ NAVARRO FRÍAS/MELERO BOSCH, 2011: 19; BACIGALUPO ZAPATER, 2011: 144: «si el titular hubiera influido en el directivo, administrador, empleado o colaborador, será de considerar la posibilidad de inducción».

¹⁶¹ FEJÓO SÁNCHEZ, 2013: 171.

¹⁶² HIRSCHENKRÄMER, 1965: 132.

¹⁶³ FEJÓO SÁNCHEZ, 2013: 171, n. 50.

rupción entraña con la que se establece en dicha forma de participación (inductor-inducido-víctima)¹⁶⁴. Pero lo que resulta realmente determinante es —insisto— que la construcción de la participación solo resulta coherente desde la consideración de que el bien jurídico también se protege frente al empresario, de modo que su condición de *extraneus* —si la tuviese, que, como he dicho, no la tiene por no hallarse el bien jurídico protegido frente a él— no le impediría conforme a las reglas generales responder bien como inductor, bien como cooperador —necesario o no— en comisión por omisión, en la medida en que su no hacer (tolerando la percepción de sobornos) equivaliese a la acción y hubiese lógicamente asumido la evitación de ese específico riesgo. Precisamente por entender que eso no es así pudo por ejemplo Winkelbauer oponerse, en sus autotitulados *pensamientos heréticos* sobre el tipo de corrupción de empleados, a la posición absolutamente dominante en su país, en virtud de la cual el consentimiento del empresario debía considerarse irrelevante, carente de efectos, en relación con el § 299 StGB. Llevaba razón al observar que, si conforme a esa doctrina mayoritaria el delito en cuestión protegía solo el orden competencial y la ausencia del patrón del empleado corrupto se debía atribuir exclusivamente a una deficiencia *de lege lata*, que debiera ser subsanada *de lege ferenda*, dicha doctrina mayoritaria debiera coherentemente haberse planteado la posibilidad que conforme a los principios generales se abría de permitir la participación del empresario como *extraneus* y, aún más, su deber de tomar medidas para evitar la conducta de su empleado¹⁶⁵. (Tal deber efectivamente existe pero, lógicamente, respecto de las conductas efectivamente delictivas, y no lo son a mi juicio las aceptaciones de ventajas que responden al interés objetivo de la empresa —*consentidas*, en el sentido normativizado defendido en este trabajo— en la medida en que no son corrupción).

2. Brevemente, y por último: tampoco por la vía del art. 288 CP se llega a la conclusión de que el empresario (al menos el empresario persona jurídica) puede ser sujeto activo idóneo en el art. 286 bis, como en cambio en alguna ocasión se ha defendido¹⁶⁶. Desde el momento en que si se recibe la ventaja por la persona física (sea esta representante de la entidad, administrador de hecho o de Derecho, empleado con facultades para obligarla o sujeto sobre quien no se ha ejercido el suficiente y debido control) y ello se hace *en provecho* de la persona jurídica, como demanda textualmente el art. 31 bis CP, no se podrá estar realizando simultáneamente la conducta típica de corrupción pasiva privada que debería operar como presupuesto para la transmisión de responsabilidad a la entidad.

¹⁶⁴ *Ibid.*: 171, n. 51.

¹⁶⁵ WINKELBAUER, 2004: 387 y ss., 390. El autor no defendía obviamente la posibilidad de participación del empresario, sino la relevancia de su consentimiento.

¹⁶⁶ Cfr. OTERO GONZÁLEZ, 2011: 34; ENCINAR DEL POZO, 2016: 303.

2. LA ACCIÓN TÍPICA

1. El apdo. 1.º del art. 286 bis emplea para describir la acción en este delito los mismos verbos típicos usados en la descripción del cohecho pasivo propio del art. 419 CP o del impropio del art. 420 CP, y en su mismo orden: «recibir, solicitar y aceptar»¹⁶⁷. Ello conlleva una primera consecuencia destacable a efectos interpretativos, cual es la del traslado a esta figura del bagaje hermenéutico alumbrado por la jurisprudencia y la doctrina que se han ocupado del soborno en el ámbito público, figura con mucha mayor tradición jurídica entre nosotros. A mi juicio así debe asumirse dado el tenor de la opción legal adoptada para la corrupción privada pasiva, si bien con un destacado matiz: la diferencia que como bien institucional ostenta la competencia en el mercado en relación con la Administración Pública hace que esta última deba entenderse revestida de una imparcialidad penalmente tutelable que no resulta trasladable en igual medida a la primera. De ello habrá de resultar una interpretación algo más restrictiva de lo penalmente relevante en el delito que nos ocupa.

2. Las tres acciones típicas importadas del cohecho giran en torno al «acuerdo injusto» que constituye, según generalizada doctrina tanto española como comparada, el núcleo del injusto en ese delito y ahora en la corrupción privada, dado que es en el momento de alcanzar tal acuerdo cuando se conculca el principio de imparcialidad, al situarse el agente en una posición parcial respecto a la futura adopción de un acto en el ejercicio del cargo¹⁶⁸. Este punto de referencia, el *acuerdo injusto*, no deberá perderse de vista en la interpretación de cada una de las formas típicas y, muy en particular, en la de la conducta consistente en «solicitar», por ser la más alejada de aquel pacto y por tanto de la afectación de la imparcialidad. Y es que se trata de acciones que se incardinan en fases distintas respecto de dicho acuerdo (su preparación, su obtención y su ejecución) y por tanto con una lesividad en realidad diferente. Si bien se está, en cualquier caso y al igual que en el cohecho pasivo, ante un tipo configurado como mixto alternativo, cuya consumación podrá, por tanto, obtenerse indistintamente con la realización de

¹⁶⁷ El art. 421 CP, en cambio, se refiere solo a «recibir o solicitar», pero ya no a «acceptar»; ello con toda lógica, habida cuenta de que la conducta en él tipificada es de *cohecho subsiguiente*, por lo que no tiene cabida el correlato de la conducta de «prometer» u «ofrecer» a cambio de un acto futuro (esto es, «acceptar»). También en consonancia con el *cohecho de facilitación* que recoge (es decir, ofrecimiento de dádiva en consideración al cargo) el art. 422 CP utiliza únicamente el verbo «admitir». Estas últimas dos modalidades, sin embargo, no están tipificadas en relación con la corrupción privada, por lo que la correspondencia con los verbos típicos del cohecho pasivo puede considerarse plena.

No ocurre lo mismo con la corrupción activa: mientras que el art. 286 bis.2 CP habla de «prometer, ofrecer o conceder», el art. 424 CP en el ámbito del cohecho activo se refiere a «ofrecer o entregar».

¹⁶⁸ RODRÍGUEZ PUERTA, 1999: 174.

cualquiera de las conductas descritas y sin que la ejecución de varias de ellas haya de suponer una multiplicidad de delitos¹⁶⁹. De este modo, la solicitud de la ventaja lleva asociada idéntica pena, al menos en lo que al nivel de la individualización legal se refiere, que la solicitud seguida de la obtención del acuerdo o que, de alcanzarse el acuerdo, la efectiva recepción de lo acordado, sin perjuicio de lo que pueda ponderarse después en la individualización judicial de la pena y sin perjuicio también de otras consecuencias accesorias, como el comiso del beneficio o ventaja en el último supuesto.

3. Las conductas de corrupción pasiva incluyen, como se ve, tanto comportamientos en los que la iniciativa parte del dependiente —requiriendo en este sentido de un comportamiento activo¹⁷⁰— (solicitar), como de tercero (aceptar y recibir). Para su exposición, en lugar del orden en el que vienen legalmente enunciadas (recibir, solicitar y aceptar), se preferirá seguir la secuencia lógica correspondiente a la progresión de los distintos estadios en los que se incardina cada acción en relación con el mencionado *acuerdo injusto*¹⁷¹.

2.1. «Solicitar»

1. *Solicitar* es pedir. Se trata aquí de una declaración de voluntad dirigida a otra u otras personas y encaminada a completar un acuerdo ilícito que tendrá por objeto una actuación del propio solicitante en el ámbito de las funciones que este ostenta en relación con la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios u otras relaciones comerciales. *Solicitar* se presenta, en este sentido, como una oferta de contrato¹⁷².

2. Lógicamente, esta declaración de voluntad debe ostentar un mínimo de idoneidad para afectar a la eficiencia en el mercado, por más que se sitúe como la modalidad de conducta más alejada de tener esa incidencia. Tal afectación estaría llamada a derivar de un auténtico acuerdo de voluntades posterior y concretamente orientado a obtener una contraprestación. De

¹⁶⁹ VALEIJE ÁLVAREZ, 1996: 76; RODRÍGUEZ PUERTA, 1999: 174.

¹⁷⁰ La terminología resulta, en este sentido, poco intuitiva. La caracterización como pasiva de la corrupción obedece, sin embargo, como es sabido, a la posición que se ocupa en la relación bilateral en función de la naturaleza que ostenta el sujeto (en este caso, se trata de la corrupción del directivo, administrador, empleado o colaborador —del funcionario en la corrupción pública—), no al tipo de comportamiento realizado. En este sentido, aunque aludir simplemente a la corrupción del dependiente y a la del particular pudiera ser terminológicamente más claro (como, en el ámbito público, contraponer simplemente el cohecho del funcionario al del particular) el carácter absolutamente consolidado de la terminología clásica evita toda posible confusión. Con otro criterio, viene a considerar corrupción activa la acción de «solicitar» NEILA NEILA, según refiere ENCINAR DEL POZO, 2016: 318, n. 11.

¹⁷¹ Lo que en absoluto significa que tales fases deban sucederse en orden cronológico, de forma que la más avanzada implique necesariamente a la anterior: se puede aceptar o recibir sin haber previamente solicitado.

¹⁷² VALEIJE ÁLVAREZ, 1996: 96.

ambas circunstancias pueden desprenderse algunas características que debe revestir esta modalidad de conducta:

a) Del hecho de que la pretensión de la declaración de voluntad deba ser la obtención de una contraprestación por parte de otro se extraen las tres siguientes¹⁷³:

i) En primer lugar, la necesidad de que la declaración (solicitud) se dirija a un destinatario determinado y concreto, que habrá de tener además cualidades suficientes para desempeñar el papel de corruptor activo. Se estará ante una tentativa inidónea, por tanto, si ya en una valoración *ex ante* el destinatario de la petición carece de capacidad para llegar a desplegar ese papel¹⁷⁴.

ii) Debe tratarse, en segundo lugar, de una declaración de voluntad concreta, seria y suficientemente precisa, si bien resultan indiferentes los términos exactos o el modo en el que se produzca la petición (expresa, tácita, oral, escrita o incluso figurativa)¹⁷⁵. Lo único realmente relevante es que el medio adoptado sea idóneo para hacer llegar el contenido, que debe trasladar una declaración de voluntad real y firme respecto de un negocio jurídico concreto. En relación con esto último, no obstante, la doctrina en el ámbito del cohecho se ha conformado con que el objeto del pacto quede mínimamente determinado o que, en su defecto, resulte, al menos, determinable¹⁷⁶.

iii) En tercer lugar, pero en absoluto menos importante, resulta necesario que la declaración de voluntad llegue a conocimiento del destinatario. Aunque esta exigencia no es unánime¹⁷⁷, pues no se extrae de la literalidad del término *solicitar*, sí resulta dominante hoy en el cohecho y es a mi juicio adecuado requerirla también en la corrupción privada, ya que es consecuencia directa de la pretensión de lesividad de la conducta. Téngase en cuenta que este comportamiento constituye un notable adelantamiento de la barrera punitiva al anticipar la intervención a un momento meramente preparatorio del eventual acuerdo injusto (acuerdo que no tendrá siquiera por qué llegar a producirse, según la opinión mayoritaria), de modo que para que

¹⁷³ Cfr. VALEIJE ÁLVAREZ, 1996: 97 y ss., refiriéndose al cohecho pasivo.

¹⁷⁴ En relación con la corrupción activa, Silva habla de tentativa irreal, atípica, si la oferta o promesa va dirigida a un sujeto que carece de toda capacidad de favorecer indebidamente al oferente. Mientras que si *ex ante* podía pensarse en la existencia de esa capacidad la conducta resultaría típica en tanto que tentativa inidónea, que resulta incardinable en la estructura de emprendimiento propia de este tipo (SILVA SÁNCHEZ, 2011a: 429).

¹⁷⁵ VALEIJE ÁLVAREZ, 1996: 101.

¹⁷⁶ RODRÍGUEZ PUERTA, 1999: 178. Lo mismo se señala respecto del acto propio del cargo al que se compromete el funcionario: debe haber quedado *ab initio* determinado o cuanto menos ser determinable (*ibid.*: 179).

¹⁷⁷ De hecho, como recalca Rodríguez Puerta en relación con el cohecho, esta no era en su momento la opinión mayoritaria en España (aunque sí en el entorno comparado de referencia —Alemania e Italia—). Véase RODRÍGUEZ PUERTA, 1999: 255, n. 362, con ulteriores referencias doctrinales.

resulte mínimamente lesiva debe mantenerse en pie al menos la posibilidad de que acabe motivando una contraprestación por parte de otro. Esa posibilidad solo existe si la declaración llega a su destinatario, de modo que en caso contrario me parece correcto no considerar conforme al sentido del tipo que lo realizado sea una «solicitud», sino una mera expresión de un deseo ilícito¹⁷⁸. *Solicitar* debe interpretarse, pues, como un acto comunicativo¹⁷⁹, que debe llegar a su destinatario. Desde este punto de vista, a lo sumo podría concederse que resultase suficiente, en línea con lo sostenido por la doctrina alemana en relación con el § 331 StGB, con que fuese *cognoscible* para un espectador medio ideal, aunque no llegase a ser efectivamente comprendida por el receptor en el caso concreto¹⁸⁰.

Es también doctrina mayoritaria que a partir de la recepción de la declaración resulta indistinto, en cambio, que llegue a existir o no efectiva *aceptación* o acuerdo por parte del receptor. Este puede sencillamente guardar silencio, rechazar expresamente la solicitud recibida o incluso denunciarla, sin que ninguna de estas hipótesis excluya la tipicidad de la conducta del solicitante¹⁸¹. (Obviamente, sí la del receptor, que solo responderá por corrupción activa si se ha adherido al pacto corrupto *concediendo* lo solicitado).

Por su importancia, esta última cuestión deberá ser, sin embargo, revisada un poco más adelante (en este mismo epígrafe), al igual que deberá serlo la posibilidad de tentativa que se abre respecto de esta modalidad de conducta al reconocer que concurren en ella dos momentos distintos, la emisión y la recepción de la declaración, y por tanto un *iter* materialmente divisible. Pero antes procede señalar, conforme a lo anunciado, que:

b) A las características ya señaladas, que derivan del hecho de que el fin de la solicitud sea la obtención de una contraprestación (circunstancia que permite apuntalar la débil lesividad de la que adolece esta conducta), habrá que añadir la necesidad de que la petición, por su forma y las circunstancias en que se produce, deje en pie la libertad del interlocutor, de modo que se mantenga, al menos mínimamente, la relación de igualdad entre las partes que caracteriza el acuerdo ilícito en este delito. Así se desprende en este caso del hecho de que el núcleo del injusto en esta figura pivote en torno a un pacto que debe constituir un acuerdo de voluntades válido. De otro modo, si dicho acuerdo aparece viciado, la calificación de los hechos como corrupción privada bien podrá requerir ser complementada o bien incluso sustituida para contemplar el auténtico desvalor de lo sucedido. Así, en el

¹⁷⁸ VALEIJE ÁLVAREZ, 1996: 97.

¹⁷⁹ OLAIZOLA NOGALES, 1999: 404, citando a KUHLEN, 1988: 433 y ss.

¹⁸⁰ OLAIZOLA NOGALES, 1999: 405; RODRÍGUEZ PUERTA, 1999: 175.

¹⁸¹ No requieren la aceptación de la solicitud, p. ej., MENDOZA BUERGO, 2011: 435 y 444; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, 2013: 359; ENCINAR DEL POZO, 2016: 152; GONZÁLEZ RUS, 2008: 152; BACIGALUPO ZAPATER, 2011: 161; SILVA SÁNCHEZ, 2011: 422 y 423.

caso de que el solicitante emita su declaración de voluntad prevaliéndose de una posición de dominio en el correspondiente sector del mercado, cabrá considerar esta suerte de abuso de superioridad en la determinación de la pena.

Si la petición encierra, además, el anuncio velado o expreso de un mal consistente en el arrinconamiento del operador en el mercado que no acepte pagar los «peajes» que el corrupto impone desde la empresa contratante, cabrá acudir al concurso ideal con el delito de amenazas del art. 171 CP. Debe ponerse de relieve, de todos modos, que estas situaciones no excluyen por sí mismas la tipicidad de la corrupción activa correlativa¹⁸², pues la ventaja se seguirá concediendo para ser favorecido el que la otorga frente a otros, sobre todo si se entiende esta exigencia legal, como aquí se ha hecho¹⁸³, como expresión de la idoneidad general de la conducta y no como un estricto elemento subjetivo del injusto¹⁸⁴. Ello sin perjuicio, claro está, de las consideraciones que en sede de culpabilidad puedan barajarse después en el caso concreto, y que se moverán en el entorno del miedo insuperable o del estado de necesidad exculpante; en tal contexto, presumiblemente la atenuante análoga en relación con la incompleta de miedo insuperable (21.7.^a en relación con la 6.^a del art. 20 CP) sea la que presente mayores visos de aplicación.

Por último, hay que poner de relieve que evidentemente si la forma de la solicitud no es ya que añada desvalor a la conducta de corrupción, sino que la suplanta, serán otras las figuras aplicables. Así, por ejemplo, si se amenaza con un mal de carácter personal (art. 169 CP) o si se emplea violencia o intimidación para conseguir la ventaja, en cuyo caso resultará de aplicación únicamente el delito de extorsión (art. 243 CP, desplazando, si hablamos de la violencia como medio comisivo, a las coacciones del art. 172, menos gravosas). Si nos situamos en el terreno de juego de delitos como los citados, obvio es que quien concede la ventaja constituye únicamente la víctima de la corrupción y no deberá ser castigado por este concepto, aunque en la corrupción privada no se haya previsto (como por otra parte tampoco en la pública) figura alguna análoga a las de concusión, que dejan fuera de la tipicidad al donante activo.

3. Una cuestión cuyo análisis se antoja de particular interés en relación con la conducta de *solicitar*, especialmente por cuanto en mi opinión puede conllevar para ella un entendimiento distinto del imperante en el ámbito del cohecho, es la de su unilateralidad o bilateralidad. Es decir, la relativa a la

¹⁸² Véase *supra*, cap. II, 2.

¹⁸³ *Infra*, cap. V, 1.1.

¹⁸⁴ Pese a que incluso con este último entendimiento debería seguir considerándose que concurre la finalidad de ser favorecido, por más que pueda entenderse motivada por o compartida con otras.

actuación que debe tener, si es que debe tener alguna, el destinatario de la solicitud para que quede cumplimentada.

A este respecto los extremos inferior y superior, por así llamarlos, aparecen claros. Por abajo, como se ha visto, resulta clara y consolidada la exigencia de que al menos la declaración de voluntad llegue a su destinatario¹⁸⁵, quien desempeña pues, como mínimo, ese rol pasivo consistente en recibirla. Por arriba, también resulta claro que para que se consume esta modalidad de acción no es en absoluto necesario que el receptor llegue a entregar el precio (beneficio o ventaja) solicitado ni, mucho menos aún, que llegue a verse materialmente favorecido por el proponente en los negocios (si bien la verificación de cualquiera de tales circunstancias no alteraría la calificación ni necesariamente la pena)¹⁸⁶.

Pero entre ambos extremos queda un espacio intermedio susceptible, al menos, de debate. Como se ha indicado, la doctrina absolutamente mayoritaria entiende aquí que no hace falta la aceptación o acuerdo para la consumación, considerándose que se está ante un delito de emprendimiento¹⁸⁷ con el que se castiga tanto el concierto fraudulento entre las partes como, gracias a esta modalidad, la mera proposición de dicho concierto¹⁸⁸. El receptor de la solicitud puede pues —como decíamos antes— sencillamente guardar silencio, rechazar expresamente la solicitud recibida o incluso denunciarla, sin que ninguna de estas hipótesis excluya la tipicidad de la conducta del solicitante.

No obstante, también se ha planteado en doctrina una interpretación reforzada de la lesividad que exigiría la aceptación de la propuesta por parte de su receptor. Así lo ha propuesto Bolea¹⁸⁹ (tanto para la modalidad supuestamente unilateral de la corrupción privada pasiva de la que ahora hablamos —solicitar— como para la de la activa —ofrecer—), apoyándose para ello en el hecho de que el tipo obedece en este punto a la estructura general de la *proposición*, acto preparatorio que implica para un sector doctrinal esa exigencia de aceptación. Solo así —señala la autora— puede pasarse de una difícilmente legitimable configuración del delito como de peligro abstracto a una menos problemática figura de peligro concreto.

El planteamiento expresado constituye sin duda un loable intento, que comparto, de restringir el acusado adelantamiento de la barrera punitiva que

¹⁸⁵ La declaración debe resultar —señalaba VALEIJE en este sentido— *recepticia* (1996: 97 y ss.).

¹⁸⁶ BAÑERES SANTOS, 2010: 249. Ello, insisto, sin perjuicio de la individualización judicial. En el caso del corrupto pasivo, la no realización de la conducta pactada tras la recepción de la dádiva o la devolución de esta podrían ser en su caso valoradas a efectos de aplicar la atenuante de reparación del art. 21.5.º (cfr. OLAIZOLA NOGALES, 1999: 402).

¹⁸⁷ SILVA SÁNCHEZ, 2011a: 422.

¹⁸⁸ Cfr. ANDRÉS DOMÍNGUEZ, 2013: 363; BACIGALUPO ZAPATER, 2011: 145; CASTRO MORENO, 2010a: 299; ENCINAR DEL POZO, 2016: 318, 386; PÉREZ FERRER, 2012: 14; SILVA SÁNCHEZ, 2011a: 422.

¹⁸⁹ BOLEA BARDÓN, 2013: 17 y 18.

en otro caso se produce, aunque para su adecuada valoración convendrá tener presentes, no obstante, algunas circunstancias. En primer lugar, desde luego, el hecho de que el sentir absolutamente dominante es justamente el opuesto no solo en relación con la corrupción privada sino también con el cohecho pasivo¹⁹⁰, origen de la redacción de aquella¹⁹¹. En segundo lugar, que dicho entendimiento no viene precisamente secundado por el tenor literal —que claramente se conforma con la simple petición de la ventaja— y que —y esto no es meramente anecdótico— la elección de dicho verbo típico en el cohecho no fue aleatoria o casual, sino expresamente buscada en su momento para dar cobertura precisamente a la mera solicitud unilateral de la dádiva.

En efecto, el verbo *solicitar* se introdujo por primera vez en 1944¹⁹² en el ámbito del cohecho para solventar lo que en realidad constituía un vacío legislativo debido a la estructura hasta entonces exclusivamente bilateral del delito (que se limitaba a sancionar las conductas de *recibir* y *aceptar*)¹⁹³. Pues si bien el Tribunal Supremo venía reconduciendo los casos de solicitud al terreno de la tentativa, tal tratamiento resultaba técnicamente inadecuado toda vez que en puridad no podía sostenerse que la conducta de «solicitar» representase —entonces como ahora— un inicio de ejecución respecto de las de «recibir» o «aceptar» sino, todo lo más, un acto preparatorio destinado a crear el escenario a partir del cual generar en su caso el acuerdo, es decir, una propuesta delictiva impune¹⁹⁴. Si de verdad se quería punible, tal resultado no se podía alcanzar pues satisfactoriamente sino a través de una modificación legal y no a través de las reglas de la Parte General. Y dicho resultado se quería efectivamente punible, como explica Valeije¹⁹⁵, por una razón político criminal fácilmente entendible: tratar de romper el *vínculo de solidaridad criminal* que se formaba entre el corruptor y el corrompido una vez que ambos concertaban sus respectivas prestaciones (el precio y el acto).

¹⁹⁰ Por todos, OLAIZOLA NOGALES, 1999: 255, 259, 401, o VALEIJE ÁLVAREZ, 1996: 104 y ss., recalcando que no es necesaria la aceptación de la solicitud (únicamente que sea en sí misma susceptible de poder ser aceptada). En la jurisprudencia, puede verse p. ej. la STS 334/2008, de 6 de junio.

¹⁹¹ Efectivamente, este entendimiento de la acción de *solicitar* requiriendo aceptación es totalmente contrario al entendimiento usual en el cohecho. Tan es así que precisamente uno de los argumentos más frecuentemente utilizados para negar el carácter pluripersonal del delito ha sido el hecho de que quepa la posibilidad de consumación sin intervención del particular en estos casos de mera solicitud desatendida por el particular. Cfr. RODRÍGUEZ PUERTA, 1999: 256, 117 y ss., autora que concluye que esta modalidad es simplemente de participación necesaria, sin que ello afecte a la naturaleza pluripersonal del resto. Pues en el caso de la solicitud, aunque se requiere la existencia de otro sujeto que debe recibir el «mensaje corruptor», su intervención no es merecedora de reproche penal al no revestir la entidad suficiente para ello.

¹⁹² En los arts. 385, 386 y 387, equiparando esta modalidad a las de recibir o aceptar. Paralelamente, se castigó en el art. 391 la aceptación por parte del particular, junto con el intento de corromper al funcionario.

¹⁹³ VALEIJE ÁLVAREZ, 1996: 79 y ss.

¹⁹⁴ VALEIJE ÁLVAREZ, 1996: 80, y 1994: 6520 y ss.

¹⁹⁵ VALEIJE ÁLVAREZ, 1996: 81.

Efectivamente, quien recibía la solicitud podía lógicamente no conceder lo solicitado y quedar impune, simplemente ignorándola o rechazándola. Pero carecía de sentido que la denunciara, al no existir aún comportamiento punible alguno. Cuando algo punible aparecía en escena (recibir o aceptar la dádiva) lo era ya para ambas partes, convirtiéndose así la situación en un espacio hermético en el que el silencio interesaba a los dos, lo que se antojaba un importante obstáculo para la averiguación procesal del delito de cohecho. El adelantamiento de la consumación antes del logro del acuerdo, situándolo en la mera solicitud, se estableció por tanto intencionadamente para cambiar esta dinámica y otorgar con ello una mayor protección al principio de imparcialidad.

Existen, pues, razones específicas que respaldan la tesis mayoritaria. Pese a lo cual creo que hay factores diferenciales entre el cohecho y la corrupción privada que pueden inclinar la balanza a favor de la interpretación restrictiva. Singularmente, el hecho ya apuntado de que la tutela de la imparcialidad en el funcionamiento de la cosa pública requiere un plus de intensidad que no se justifica en relación con la eficiencia en el mercado. La sensibilidad de lo tutelado en el primer caso convierte, es verdad, cualquier potencial desviación del interés público en disfuncional. Pero no se puede perder de vista que la acción comentada ni siquiera pone en peligro concreto la imparcialidad de la que hablamos, sino que es mera manifestación de una predisposición a adoptar, llegado el caso, una posición parcial respecto de una decisión futura.

Por ello, al trasladar la estructura de la acción a la tutela de un bien jurídico que no requiere el mismo nivel de atención debieran valorarse sus contornos sin condicionantes ni apriorismos, y «partirse de que los intervinientes en la actividad económica son sujetos autorresponsables y, en principio, predispuestos a cumplir las reglas del juego, presumiéndose que van a anteponer una actuación conforme a Derecho a las tentaciones que reciben de otros intervinientes»¹⁹⁶. Si por el contrario se desea la interpretación extensiva, lo lógico será pues justificar la presunción opuesta. Es decir, justificar una intervención penal profiláctica apoyada en la convicción de que un mensaje normativo en el que se viene a señalar que es impune enviar solicitudes indiscriminadas de corrupción mientras estas no resulten aceptadas por sus destinatarios resulta estadísticamente peligroso para el mercado.

Donde, en cualquier caso, no parece que pueda localizarse el plus de lesividad necesario para justificar la intervención penal es en la presuposición generalizada de un contenido intimidatorio o extorsionador en toda solicitud. Tal contenido es contingente en una relación que precisamente

¹⁹⁶ BOLEA BARDÓN, 2013: 18.

para ajustarse a esta tipicidad debe mantener a las partes en cierto pie de igualdad, de tal modo que si se da este tipo de desequilibrio deberá canalizarse —como se ha visto— por otras vías añadidas o distintas a la de la corrupción privada¹⁹⁷.

En un segundo nivel de consideraciones tampoco cabe desconocer, en fin, que la razón coyuntural que estuvo detrás de la incorporación del verbo típico *solicitar* en el cohecho, esto es, la intención de romper el vínculo de solidaridad criminal explicado, quedó disuelta, o al menos fuertemente diluida, con la introducción en el Código vigente, desde 1996, de la excusa absolutoria para el particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de la dádiva, denunciara el hecho a la autoridad encargada de su averiguación (hoy en el art. 426 CP). Este paso tal vez debiera haber llevado ya entonces a replantearse la propia permanencia simultánea del verbo *solicitar* en el cohecho, cuyo sentido fue el de suplir esta función, pero esto no sucedió (en línea con una Política Criminal que camina desde hace años en solo una dirección, la expansión de lo punible). Pero en cualquier caso, a los efectos que aquí interesan, la previsión de tal excusa solo en el cohecho también viene a debilitar la interpretación estrictamente unilateral del término en la corrupción pasiva privada (*id est*, entender la solicitud sin aceptación por el destinatario), toda vez que, aunque la solicitud por parte del sujeto especial siga siendo punible en ambos delitos, la impunidad de su correlato activo es más amplia en la conducta más grave de corrupción, la pública, lo que puede animar a interpretaciones menos rigurosas en el abanico de conductas de la modalidad menos grave, la corrupción privada.

Parece prudente a mi juicio, en definitiva, optar por la interpretación reforzada de la lesividad que supone exigir la aceptación de la solicitud, estableciendo una correspondencia entre el solicitar (apdo. 1.º art. 286 bis) y el conceder (apdo. 2.º art. 286 bis) típicos.

2.2. «Aceptar y recibir»

Aceptar supone admitir la oferta o promesa de un beneficio o ventaja futuros, mientras que *recibir* implica obtener o percibir de forma efectiva tal beneficio o ventaja, incorporándolos el receptor (corrompido o tercero) a su patrimonio, si se trata de un bien material, o a su acervo personal si se trata de un bien de naturaleza inmaterial (p. ej., la condición de miembro de un selecto club). Dicha incorporación puede producirse bien recibiendo

¹⁹⁷ El mantenimiento de la tipicidad de la solicitud no aceptada puede incluso, en sentido inverso, convertirse en un elemento que favorezca el chantaje en los negocios por parte del receptor. Téngase presente que dada la pena de inhabilitación especial prevista en el art. 286 bis (de hasta seis años), el plazo de prescripción se amplía hasta los diez años (art. 131.1 CP en relación con aquel), lo que significa mantener abierta la posibilidad de denuncia por parte de quien recibió la solicitud sin aceptarla durante ese extenso periodo de tiempo.

mediante una conducta activa lo que se entrega o envía, bien no devolviendo lo que ya obra en poder del corrupto pasivo¹⁹⁸, sin que sea en ningún caso necesario que el perceptor disponga efectivamente de lo recibido ni que llegue a obtener con ello una ventaja patrimonial, sino simplemente, si se trata de una ventaja material, que esté en disposición de poder hacerlo¹⁹⁹.

A diferencia de la modalidad consistente en «solicitar», las consistentes en «aceptar» y «recibir» presuponen la actividad de un tercero: el corruptor activo, del que parte en este caso la iniciativa. La aceptación del apdo. 1.º del art. 286 bis CP se corresponde así con las conductas activas de «prometer» y «ofrecer» mencionadas en el apdo. 2.º (se acepta lo que previamente se ha prometido u ofrecido), mientras que la recepción carece en puridad en la corrupción privada de una mención clara de su correlato natural activo²⁰⁰, que sería la *entrega* (sí mencionada, en cambio, como verbo típico en el cohecho activo —art. 424 CP—), si bien el término *conceder*, en su acepción de «dar u otorgar» bien puede ejercer esa función. En cualquier caso, de entenderse que esa mención expresa no existe, ello en nada afectaría a la tipicidad como corrupción activa de este último comportamiento (la entrega) puesto que, no siendo este en realidad sino un estadio más avanzado del mismo proceso de corrupción, su relevancia penal habrá quedado ya certificada antes de llegar a esa fase de entrega (con el mero ofrecimiento o promesa).

Así pues, «aceptar» y «recibir» vienen a representar estadios sucesivos de la transacción antijurídica que da vida a este delito: mientras que con la *aceptación* se cierra el «acuerdo injusto» que constituye el núcleo de esta tipicidad, con la *recepción* se viene a realizar dicho acuerdo²⁰¹. Este criterio temporal es también el mayoritariamente utilizado por la doctrina en el ámbito del cohecho para fijar el significado de estas dos modalidades típicas y distinguirlas entre sí, concediéndoles de este modo su espacio y sentido propios, si bien puede encontrarse también otro sentido a esta separación dirigiendo la mirada hacia el objeto de la corrupción, en función de la corporeidad o inmaterialidad del mismo, de modo que —se entendería— la recepción solo resultaría en propiedad predicable de los objetos materiales, susceptibles de traslado y aprehensión, mientras que lo inmaterial solo

¹⁹⁸ OLAIZOLA NOGALES, 1999: 255, refiriéndose al cohecho. Sobre el carácter solo aparentemente omisivo de la última conducta mencionada, véase VALEIJE ÁLVAREZ, 1996: 113. En realidad, la recepción no cabe en comisión por omisión (de entrada, al no ser el delito una estructura de resultado) ni como omisión pura, puesto que el riesgo para el bien jurídico no lo genera la conducta del funcionario. Incluso en los casos en los que la dádiva o presente está previamente en poder del funcionario, se hará necesaria una conducta positiva de incorporación o disfrute.

¹⁹⁹ OLAIZOLA NOGALES, 1999: 259.

²⁰⁰ En efecto, la «concesión», que es la otra modalidad activa, no tiene su contrapartida pasiva genuina en la «recepción», sino en la solicitud: se concede lo solicitado.

²⁰¹ OLAIZOLA NOGALES, 1999: 255, siguiendo el planteamiento usual en la doctrina alemana en relación con el cohecho.

podría ser objeto de aceptación.²⁰² No obstante, si la *recepción* se entiende como un apoderamiento en sentido amplio, se hace innecesaria esta última precisión, si bien —debe concluirse desde una posición pragmática— la adquisición no parece reportar particulares consecuencias.

2.3. Formas imperfectas de ejecución

Consideraciones de la misma naturaleza que las antes esgrimidas para reforzar el umbral de lo penalmente relevante en relación con la conducta consistente en «solicitar» un beneficio o ventaja —que han llevado allí a exigir la aceptación de la solicitud cursada (*concesión*, art. 286 bis.2 CP)—, resultan, como ahora se verá, de nuevo procedentes para abordar el tratamiento de la tentativa en la corrupción privada:

Habitualmente el cohecho pasivo, como la corrupción privada pasiva por mimetismo con aquel, han sido considerados delitos de mera actividad²⁰³, si bien debe señalarse que a juicio de un sector doctrinal la conducta de *recibir* obedecería más bien a una estructura de resultado, por cuanto requeriría la incorporación efectiva de lo recibido al patrimonio del receptor. Esta última posición ha sido contestada, no obstante, indicando que no existen en realidad en tal comportamiento consecuencias ontológica ni cronológicamente separables de la manifestación de voluntad, sino que la recepción de la dádiva simboliza justamente la declaración del particular de corromper al funcionario, si hablamos de cohecho, representando pues una sola cosa²⁰⁴.

²⁰² VALEIJE ÁLVAREZ, 1996: 121 y ss. En contra, OLAIZOLA NOGALES, 1999: 258, quien sitúa el centro de gravedad en el carácter presente o futuro del hecho, y no en el carácter corpóreo o no del objeto.

En realidad, los planteamientos no resultan tan distantes si se observa que la inmaterialidad del objeto en el primero de ellos se hace residir en gran medida en el propio carácter futuro de la contraprestación: objeto de la acción típica de aceptar —señala VALEIJE— son todos los objetos incorporales, «esto es, manifestaciones de voluntad que comprenden tanto el compromiso de entregar en el futuro una retribución (cualquiera que sea su naturaleza) como el compromiso de entregar todas aquellas prestaciones que por carecer de corporeidad no son susceptibles de traslado y aprehensión» (pensando en este último caso en supuestos como la dilación en un pago, un aval o fianza, o un descuento importante en la compra de un objeto, p. ej. —*ibid.*: 121—).

²⁰³ OLAIZOLA NOGALES, 1999: 259; VALEIJE ÁLVAREZ, 1996: 109 y ss.; RODRÍGUEZ PUERTA, 1999: 181.

La solicitud se consuma para la doctrina mayoritaria con la recepción de la declaración de voluntad que la contiene (sin necesidad de su aceptación). Las conductas de aceptar y recibir se perfeccionan en el momento en el que se recibe la retribución o se acepta la promesa. Véase, no obstante, VALEIJE ÁLVAREZ, 1996: 237, puntualizando que en la hipótesis de que el receptor se percatara de la finalidad de la retribución en un momento posterior al de su recepción material, la consumación se produciría en el instante en que, reconociendo las aspiraciones del donante, aquel retiene en su poder lo entregado. Ello es así porque las exigencias de la tipicidad subjetiva requieren un componente psicológico en la conducta del receptor que permita clarificar la relación que media entre el «recibir» y el «entregar» (VALEIJE ÁLVAREZ, 1996: 111).

²⁰⁴ *Ibid.*: 109 y ss.

En cualquier caso, eso sí, nadie discute que aunque tenga un significado unitario, puede separarse en ella entre un momento de envío de la ventaja y otro de recepción. Igual ocurre con la conducta de *solicitar* si esta se interpreta, como mayoritariamente se hace, necesitada de carácter recepticio, pues en este caso, aunque pueda decirse que desde el punto de vista formal la solicitud se perfecciona con un único comportamiento, desde el punto de vista material el comportamiento se encuentra formado por dos fases o momentos diferenciados, la emisión de la declaración y su recepción²⁰⁵.

Esta posibilidad de fraccionamiento del comportamiento típico toleraría pues, desde este punto de vista, la apreciación de la tentativa. Puesto que el iter comisivo resulta divisible, puede transcurrir incluso cierto lapso de tiempo (también relevante a otros efectos) entre las fases necesarias para completarlo. Son aquí clásicos los ejemplos de la manualística alemana, como el de la petición por carta que no llega a su destinatario al extraviarse aquella o ser interceptada por la policía, que ponen de relieve que aunque pueda considerarse remota o de laboratorio, la posibilidad teórica de tentativa existe²⁰⁶.

No obstante, y aunque de hecho la tentativa ha sido aplicada en el ámbito del cohecho por nuestros Tribunales²⁰⁷, las razones de ofensividad mínima que se adelantaban, habida cuenta además de la menor necesidad de intervención en relación con la corrupción privada²⁰⁸, parecen desaconsejar político criminalmente la apreciación de las formas imperfectas de ejecución en este delito²⁰⁹, incluyendo en ello, y con mayor razón, la de la tentativa inidónea, por más que resulte igualmente imaginable (por ejemplo, en los

²⁰⁵ *Ibid.*: 98.

²⁰⁶ En relación con las formas típicas consistentes en *aceptar o recibir*, apunta p. ej. OLAIZOLA como supuesto de tentativa «el caso de un funcionario que cuenta a un amigo sus planes de aceptación de una dádiva y este le denuncia y justo cuando el funcionario va a dar la aceptación, es detenido por la policía» (1999: 403). En el caso de la solicitud, existiría por ejemplo la modalidad intentada, señala VALEJE «en los casos en que la declaración de voluntad es transmitida por un intermediario que no llega a ponerla en conocimiento del destinatario (por ejemplo, porque denuncia el comportamiento del funcionario a la policía) o incluso en aquellos otros en que la misma declaración sufre algún tipo de vicisitud o interferencia antes de llegar a su auténtico destino (por ejemplo, secuestro de la carta que contiene la declaración)» (1996: 240).

²⁰⁷ Así, en supuestos en los que la solicitud de la dádiva se canaliza a través de un intermediario y finalmente no llega a los destinatarios. Vgr., STS 208/2006, de 20 de febrero (Pte.: Monderde Ferrer), en la que el intermediario denunció los hechos en lugar de trasladar la solicitud a quienes le indicó la autora de la tentativa de soborno.

²⁰⁸ El argumento de la falta de lesividad suficiente es igualmente empleado en el ámbito del cohecho, pese a la mayor entidad de esta infracción. Véase OLAIZOLA NOGALES, 1999: 410; RODRÍGUEZ PUERTA, 1999: 257.

²⁰⁹ Evidentemente, y como se ve, la negación de la tentativa se propone aquí para reducir lo penalmente relevante (fragmentariedad), retrasando la consumación al momento de la recepción (sea de la declaración en el «solicitar», o de la ventaja en el «recibir»). Desde otros planteamientos, la posibilidad de tentativa también resulta negada, pero al considerar todo comportamiento como consumación, adelantando este momento.

casos de incompetencia del receptor de la solicitud para sufragar el beneficio o ventaja solicitados).

3. ACTUACIÓN EN CALIDAD DE DEPENDIENTE

Una cuestión habitualmente no planteada de forma expresa y que, sin embargo, reviste gran importancia es la relativa a la necesidad o no, como requerimiento típico con entidad propia, de que la actuación del sujeto activo se realice adoptando decisiones que tenga atribuidas como dependiente en representación de su principal con respecto a otros participantes en el mercado, y no simplemente realizando cualesquiera actuaciones corruptas que materialmente le resulten posibles con ocasión de su trabajo. Es decir, sin que baste constatar por un lado la dependencia como mera posición general, estática, respecto de un operador en el mercado en términos de competencia y por otro la infracción de un deber en la actuación para dar por cumplimentada la tipicidad. Si así no fuese, en otros términos, dicha tipicidad se cumplimentaría con cualquier deslealtad hacia la empresa o sociedad a cambio de ventajas injustificadas. La cuestión es, en suma, si el sujeto activo debe tener —o en cambio no es necesario que tenga— en su ámbito de decisión *funciones específicas* —ya sean estas de mayor o menor nivel (lo que incidiría en la gradación de la pena, ex art. 286 bis.3 CP)— en relación con la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales que realiza para su principal.

3.1. Tesis amplia: capacidad material para favorecer a otro

Ya bajo la vigencia de la redacción anterior, de 2010, parte de la doctrina manifestó su impresión de que el favorecimiento aludido en el tipo no tenía por qué identificarse exclusivamente con la decisión final sobre la adquisición y venta de mercancías o contratación de servicios, sino que parecía poder ser más amplia, extendiéndose a otras actuaciones intermedias, previas en definitiva a la actuación que se realizaría *ad extra*, con otro operador en el mercado. En este sentido, en cuanto al favorecimiento activo Silva había señalado que «parec[ía] que este p[odía] consistir no solo en la toma de decisión en sí (favorecimiento directo), sino también en formas de favorecimiento indirecto como la propuesta o recomendación, el consejo u otras»²¹⁰.

A favor de una visión amplia podía jugar entonces, hasta cierto punto, el hecho de que en el círculo de posibles sujetos activos se incluyesen genéricamente a los empleados, en principio sin distinciones en cuanto a su

²¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, 2011a: 429.

función. Si bien con esto la verdad es que no quedaba realmente claro que la actuación típica debiese extenderse a cualquier actuación corrupta a la que materialmente tuviese acceso el empleado gracias a su trabajo, es decir, con independencia de que no tuviese función alguna en la contratación final de su empresa con terceros, pues existían factores de mayor peso (singularmente la acotación del «incumplimiento de obligaciones») que apuntaban en la dirección precisamente opuesta.

Pero a partir de la reforma de 2015 se producen dos modificaciones relevantes, que facilitan este entendimiento amplio. Por una parte, se amplía la expresión que determina el ámbito del favorecimiento a unas genéricas «relaciones comerciales». Por otra, y mucho más importante, se altera radicalmente el contexto en el que aparece esa expresión, pues deja de usarse como concreción de las obligaciones que debe incumplir el sujeto activo para pasar a referir simplemente los ámbitos en los que debe constatarse el favorecimiento. En efecto, si en la redacción de 2010 el sujeto activo de la corrupción pasiva debía «incumplir sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales», ahora basta con que la actuación se lleve a cabo «como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales».

Con la redacción original parecía casi obligado entender que el sujeto activo debía ostentar la función y capacidad de contratar con terceros en nombre del empresario del que dependía, puesto que por ley se le exigía tener específicas obligaciones en ese campo. Mientras que ahora, al menos con la literalidad del precepto, el sujeto sobornable bastaría que ostentase una capacidad genérica desde la posición que ocupa para favorecer a otro en la contratación²¹¹, lo que habría ampliado muy considerablemente el ámbito típico.

3.2. Propuesta de interpretación restrictiva. Favorecimiento directo. Ejercicio de funciones específicas relativas a la contratación de bienes y servicios o a la realización de otras transacciones por cuenta del principal con capacidad para vincularle en sus relaciones comerciales *ad extra*

La anterior interpretación amplia es perfectamente acorde con la literalidad del precepto. De hecho, el efecto advertido es en mi opinión la auténtica consecuencia relevante de la supresión del denostado «incumplimiento de obligaciones», y no, como se pretendió, la de liberar a este delito de las ataduras de un elemento de infidelidad interna que se presumía perverso. Pues

²¹¹ GARCÍA ALBERO, 2015: 572.

en efecto, como he explicado en este trabajo, el componente de infracción de deber en las conductas de corrupción privada no se desvaneció con la desaparición formal de esta expresión en la redacción legal, como se pudo creer, sino que persistió en tanto que elemento inherente a la corrupción como forma de ataque. De modo que lo que realmente se provocó con su eliminación fue el «desencorsetamiento» formal del componente de infidelidad, que ahora, al menos leído el precepto literalmente, no tiene por qué darse ya solo en quienes tengan obligaciones específicas y directas en el ámbito de la contratación por parte de su empresa con terceros.

Ilustrando la amplitud de los supuestos que podrían llegar a encajar en el tipo cabe pensar, por una parte, en la multitud de incumplimientos de obligaciones contractuales posibles no vinculadas directamente con las relaciones *ad extra* del principal, como la obligación de secreto de empresa u otras. Por esa vía, conductas con, a lo sumo, relevancia civil como inducciones a la infracción contractual del art. 14 LCD podrían pasar al primer plano de la relevancia típica penal. Sirva como ejemplo el que fue objeto de la SAP Barcelona (Secc. 15.^a) de 26 de octubre de 2005, en la que se estimaba la demanda por competencia desleal interpuesta por «Pronovias, S. A.» contra varias empresas del grupo Exponovias y sus administradores por haber ofrecido una cartera de Loewe a un administrador a cambio de que este incumpliera su pacto de exclusividad con Pronovias y proporcionase los diseños de esta a la empresa competidora, inductora de la infracción contractual²¹². Por otra parte, cabe pensar también en el soborno respecto de incumplimientos muy alejados de la transacción con terceros, como informes previos no vinculantes, incumplimientos de obligaciones internas alejadas de la contratación o conductas de escasa entidad, no decisivas en las relaciones *ad extra*²¹³.

A la vista de la modificación legal y de la expresa voluntad ampliatoria que tuvo la reforma según su propia EdM, tal vez esa interpretación amplia —que, se insiste, es formalmente acorde con la literalidad— sea, sin más, la que debe imponerse actualmente. Sin embargo, cabe al menos plantear como posible otra interpretación que supone una restricción teleológica de

²¹² Recogido por NAVARRO FRÍAS/MELERO BOSCH, 2011: 8 y 9.

²¹³ Piénsese, por ejemplo, en la conducta del mozo de almacén que en el mercado municipal de abastos, sin ostentar siquiera funciones de cara al público, a cambio de una pequeña contraprestación por parte de un determinado mayorista (recuérdese que el trato corrupto con el consumidor final, en cambio, es atípico), colabora en la selección o en la carga del género despachado, perjudicando así levemente a otros competidores y desoyendo las instrucciones de la empresa a ese respecto. Con el tamaño de la malla así tejida y el grosor de su torzal, puede verse que muchas pequeñas conductas quedarían ahora en el interior de la red. Conductas como la señalada u otras análogas resultarían inicialmente típicas y o bien habrían de confiar en la aplicación de ulteriores criterios para ser reconducidas al terreno de la atipicidad —como un concienzudo uso del principio de insignificancia por parte de los Tribunales—, o bien habrían de conformarse con la aplicación del apdo. 3.º del art. 286 bis CP, cuando en realidad no parecen rebasar la relevancia de un mero incumplimiento laboral.

la figura en este punto. Pues, a fin de cuentas, en mi opinión la técnica usada en la reforma reflejaba un claro temor a la infrainclusión típica, lo que se tradujo en una especie de legislación a la defensiva que tendió a inflar instintivamente los diversos elementos típicos al objeto de evitar posibles lagunas, aunque cabe conjeturar que se desconocía exactamente cuáles pudieran ser. Y es que, con esta interpretación gramatical, a través de la modificación legal se habría pasado subrepticamente a un modelo de infracción de obligaciones contractuales en la tipificación de la corrupción privada, fórmula de la que, sin embargo, el legislador español ha querido siempre distanciarse a favor de un modelo competencial. De otro modo, la inducción a la infracción contractual de la LCD o las infracciones laborales se vaciarían de contenido a favor de la figura penal, que resultaría capaz de atraer hacia sí cualquier tipo de incumplimiento.

Este paso, con ser el que a fin de cuentas reclamaba la Decisión Marco para una segunda fase (a partir de julio de 2010)²¹⁴, parece, en mi opinión, que en su caso debe exigirse que se acabe dando de forma expresa, como ha ocurrido en otros ordenamientos europeos, y no implícita en una ampliación de efectos probablemente no calculados por el legislador. Por ello creo que la reducción teleológica del tenor literal puede tener aún perfecto sentido, debiendo a mi juicio llevar a exigir que las conductas de corrupción pasiva constituyan actuaciones de favorecimiento directo o cuasi-directo del competidor por parte de quienes tienen funciones específicas en lo referente a las relaciones comerciales que *ad extra* mantiene la empresa a la que representan. Por tanto, bien sean funciones directas en la decisión final, bien otras que, al menos, la condicionen de forma inmediata, pero no funciones meramente internas. Por ejemplo, aunque el sujeto no adoptase la decisión final, podría estimarse típico el soborno al alto directivo que debe informar sobre la fusión con una determinada entidad en detrimento de otra/s posibles, si dicho informe condiciona la decisión que corresponde a un órgano colegiado. Pero no lo sería, en cambio, el pago al contable de la empresa para que proporcionase la facturación de un tercero a un competidor, por más que ello fuese a permitirle competir con ventaja, pues tal empleado no tiene atribuidas funciones *ad extra* en las relaciones comerciales de su principal; en igual sentido atípico, en fin, la inducción al quebrantamiento del deber de sigilo o del secreto de empresa²¹⁵. Téngase en cuenta que una interpretación amplia de lo que sean relaciones comerciales, no exigiendo funciones especí-

²¹⁴ Véase, *supra*, la introducción a este estudio.

²¹⁵ Supuesto este último que, no obstante, ha sido expresamente considerado típico como corrupción privada en nuestra doctrina (habría que suponer que en concurso, en su caso, con el art. 278 CP). ENCINAR, p. ej, señala que «el delito de corrupción privada puede cometerse para, en casos de adjudicación de contratos, abonar comisiones a cambio de recibir información sobre las ofertas de los demás competidores y así obtener la adjudicación, lo que supone un ataque a la competencia leal» (2016: 420). Cfr., también, OTERO GONZÁLEZ, 2011: 14; GIL NOBAJAS, 2015: 613, n. 79.

ficas en la contratación/decisión en las relaciones hacia fuera, corre el riesgo de acabar topando con el hecho de que la función de cualquier empleado se establece al fin y al cabo con las miras puestas en el éxito comercial de la firma, con lo que habría que acabar concluyendo que quien soborna al conserje para que la correspondencia remitida por un competidor no llegue al Consejo de Administración estaría cometiendo el delito del art. 286 bis CP²¹⁶.

En definitiva, aunque entiendo que esta interpretación restrictiva puede resultar controvertida a la vista de la redacción legal reformada, creo que resulta coherente con el hecho de que el tipo está teleológicamente orientado a la contratación o culminación de una relación comercial con exclusión final de un potencial competidor eficiente. En este sentido, hay que entender que la complejidad, prolijidad e indeterminación de los elementos típicos contenidos en el precepto son características que facilitan espejismos, alentando el encaje formal en el tipo de conductas que, sin embargo, deben ser excluidas. Y así, aunque el tenor literal pudiera auspiciar la toma en consideración de otras conductas distintas de la contratación final de bienes o servicios para la entidad para la que se trabaja, la interpretación propuesta, que excluye dicha posibilidad, debe preferirse, puesto que con el texto español no se está de momento ante la tipificación de un genérico incumplimiento de obligaciones laborales o contractuales internas a cambio de ventajas injustificadas, en la línea de lo que en cambio pudieron auspiciar documentos como el Convenio del Consejo de Europa o la propia Decisión Marco para el periodo posterior a 2010.

Eso no significa, obviamente, que tales comportamientos hayan de reputarse lícitos, sino solo que no pertenece al ámbito típico la inducción a cualquier incumplimiento contractual. Ofrecer al/ o aceptar el/ trabajador sobornos con vistas a, por ejemplo, el quebrantamiento de su deber de sigilo o del secreto de empresa, o para inducirle al abandono del puesto de trabajo sin atender a las condiciones que tiene estipuladas para ello o, en fin, para que desatienda cualquier otra obligación interna, no caen en la órbita de este tipo penal aunque ello se haga con fines competenciales y sea identificable, incluso, un efecto sobre la libre competencia en el ámbito afectado del mercado.

²¹⁶ Sobre el significado de este elemento del tipo (relaciones comerciales), *infra*, cap. V, 1.3.

UNIDAD 9

CIBERCRIMINALIDAD

ENRIQUE ROVIRA DEL CANTO

*Magistrado. Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Penal.
Oficial Superior del Cuerpo Jurídico Militar (Armada), en excedencia*

DELINCUENCIA INFORMÁTICA
Y FRAUDES INFORMÁTICOS

Granada, 2002

BIBLIOTECA COMARES DE CIENCIA JURÍDICA

Director de publicaciones:
MIGUEL ÁNGEL DEL ARCO TORRES

ESTUDIOS DE DERECHO PENAL
dirigidos por
Carlos María Romeo Casabona

33

© Enrique Rovira del Canto

Editorial COMARES
Polígono Juncaril, parcela 208
18220 Albolote (Granada)
Tif. (958) 46 53 82 • Fax (958) 46 53 83

E-mail: comares@comres.com
<http://www.comares.com>

ISBN 84-8444-467-8 • Depósito legal: GR. 64-2002

Fotocomposición, impresión y encuadernación: EDICIONES EL PARTAL, S.L.

III

NOCIÓN DEL DELITO INFORMÁTICO

III.1. EVOLUCIÓN CONCEPTUAL

Hemos visto que el inicio de la introducción de los ordenadores en determinados ámbitos sociales tuvo lugar por la década de los años 50¹, pero no fue hasta al cabo de unos años, ya en los 60 cuando aparecieron, principalmente en Alemania y en Estados Unidos, los primeros artículos y publicaciones sobre casos conocidos de abusos informáticos (manipulaciones de ordenadores, de sabotaje de programas informáticos, de espionaje de datos informáticos, e incluso de uso ilegal de sistemas informáticos), esto es, manifestaciones del nuevo fenómeno de la criminalidad informática, cuya entidad y sustantividad propia ya fue discutida por la doctrina².

¹ Por aquella época se utilizaba el término computadora, de la traducción directa y textual del inglés «computer» que, no obstante, se sigue utilizando en el derecho comparado. Ha habido algunos intentos en nuestra doctrina de cambios de terminología, e incluso de modificar el término actual de ordenador, como por ejemplo por el de elaborador electrónico (GUERRA BALIC, J.: «Consideraciones para la regulación penal del delito informático», pág. 3; Comunicación presentada a la 6.^a Ponencia «Delitos informáticos» de las I Jornadas «Abogacía e Informática» organizadas por el Il. Colegio de Abogados de Barcelona, los días 7 y 8 de mayo de 1993), pero sin que hayan prosperado.

² Así ya entonces en la República Federal de Alemania, BETZI: «Computer-kriminalität —Dichtung und Wahrheit», Datenverarbeitung in Steuer, Wirtschaft und

Y hemos expuesto anteriormente la evolución de la incidencia de la criminalidad informática hasta llegar a la actual sociedad global del riesgo y de la información, y cómo las primeras nociones de la misma se efectuaban desde una consideración o perspectiva profundamente criminológica y no tanto penal substantiva, habida cuenta la ausencia de figuras penales específicas y la problemática adecuación de los nuevos comportamientos abusivos e ilícitos a las figuras tradicionales. Pero también es cierto que la delimitación conceptual de tal fenómeno se había venido efectuando, al principio y en la mayoría de los casos, de manera o forma simplista o muy elemental, desde la perspectiva del ámbito de investigación concreta en el que el autor en cada caso analizaba la incidencia o vinculación de la informática en su campo, y, en el ámbito del derecho penal, normalmente desde una perspectiva limitada en relación a la afectación de bienes jurídicos tradicionales.

Los primeros estudios empíricos del delito informático o delito vinculado a la informática se llevaron a cabo a partir de mediados de los años 70, aplicando métodos científicos de investigación criminológica³. Estos trabajos y estudios se centraban en el ámbito de la delincuencia económica, y principalmente referidos a la comisión de actos defraudatorios mediante la utilización o aprovechamiento de medios o sistemas informáticos. Los mismos mostraron la existencia de un número limitado de casos verificados de ilícitos informáticos, analizando algunos de cierta espectacularidad y resonancia, por aquel entonces, en el ámbito económico y social internacional, como el caso de fraude en la Funda-

Recht, 1972, pág. 317, o VON ZUR MÜHLEN: «Computerkriminalität— Gefahren und Abwehr», 1973, págs. 52 y ss.; y en los EE.UU., PARKER/NYCUM/O'URA: «Computer Abuse», 1973, págs. 86 y ss. o en el posterior análisis comparativo de TABER, J.K.: «A survey of computer crime studies», *Computer and Law Journal*, 1980, págs. 275 y ss.

³ Así en la República Federal de Alemania el trabajo de SIEBER: «Computerkriminalität...», cit.; en Suecia el informe de SOLARZ: «Computer Technology and Computer Crime», Report núm. 8 of the Research and Development Division, National Council of Crime Prevention, 1981; y más adelante para las Comunidades Europeas el informe de la *EUROPEAN COMMUNITIES' INFORMATION TECHNOLOGY TASK FORCE*, «The Vulnerability of the Information-Conscious Society», de 1984.

ción American Equity que integró manipulaciones de 56.000 reclamaciones de seguros por un valor de al menos 80 millones de dólares, ascendiendo en 1978 las reclamaciones por compensación de seguros entre el billón y los 2 billones de dólares⁴, el caso del Banco alemán Herstatt, relativo a transacciones especulativas cambiarias exteriores totalizando varios miles de millones dólares, y que no fueron grabadas en los archivos de cuentas del citado banco, que quebró en 1974 y causó pérdidas a sus clientes por un importe cercano a los mil doscientos millones de marcos alemanes⁵, o las manipulaciones informáticas en la empresa automovilística sueca Volvo⁶; pero al mismo tiempo pusieron de manifiesto la existencia de un estimable y elevado número de casos no detectados o denunciados, hecho que se constituirá, como veremos, en una de las características principales de esta categoría delictual (la denominada cifra negra). Por ello las primeras conceptualizaciones de la criminalidad informática venían enfocadas desde el ámbito penal económico. Así inicialmente TIEDEMANN⁷, consideraba la «criminalidad mediante computación» como una de las formas de criminalidad económica neutrales, es decir, aquellas que surgen en cualquier sistema económico con independencia de la naturaleza del mismo, y por ello procede a su estudio como reflejo de la criminalidad económica, aludiendo a la parte de aquélla que perjudica los intereses patrimoniales, y no refiriéndose en absoluto a otros aspectos de la misma, como el afectante a la intimidad.

El enfoque público y científico del delito informático cambió en los 80, cuando la prensa y los medios de comunicación en general se fue-

⁴ Caso recogido por LOEFFLER: «Report of the Trusty of Equity Funding Corporation of America», 1974; por SOBBEL Y DALLOS: «The Impossible Dream», 1975, y cit. por SIEBER: «Legal Aspects...», cit., pág. 18. Ver el caso con más detalle en el Apartado III.5.4.5, nota 350, ut infra.

⁵ SIEBER: «Computerkriminalität...», cit., 2.^a edición de 1980, págs. 61 y ss.

⁶ Recogidas en el Informe Nacional Sueco presentado al XIII Congreso Internacional de Derecho Comparado y expuesto por SOLARZ: «Computer Technology and the Transformation of Criminality», Strömholm/Hemström ed., 1990, págs. 285 y ss., y 292 y ss..

⁷ TIEDEMANN, K.: «La criminalidad económica como objeto de investigación», en Cuadernos de Política Criminal, núm. 19, 1983, pág. 173.

ron haciendo eco de asombrosos casos acerca de acceso ilegal (Hacking) ⁸, y de «virus» y de «gusanos» informáticos ⁹. Además, el auge de la piratería de programas informáticos, las manipulaciones en los cajeros automáticos para la obtención de dinero en efectivo y los abusos de los sistemas de telecomunicación revelaron al público en general la vulnerabilidad de la actual sociedad y también la necesidad de nuevas estrategias para la prevención, control y sanción de estos ilícitos. Se tuvo ya también constatación de que la criminalidad informática no quedaba limitada al delito vinculado a intereses económicos, sino que incluso ataca todo tipo de intereses, tal como la manipulación del sistema informático de un hospital o las infracciones informáticas de la intimidad de las personas, lo cual originalmente había sido analizado y debatido separadamente del entorno conceptual del «delito informático».

Así, a nivel internacional, se formularon conceptualizaciones con propósitos más globales y teniendo como base principal las formas o ámbitos sobre los cuales se manifestaba tal criminalidad, incidiendo en el aspecto de la utilización de los medios informáticos para la comisión de los actos ilícitos. Así, por ejemplo TIEDEMANN ¹⁰ evolucionando en sus iniciales conceptualizaciones al respecto, sostenía que con la noción de criminalidad informática se designa y comprenden «todas las formas de comportamientos ilegales, y de otro lado perjudiciales a la sociedad, que se realizan utilizando un ordenador», o, en referencia a la «criminali-

⁸ El peligro del «hacking» se hizo especialmente evidente en la República Federal de Alemania en 1989 cuando fueron descubiertos e incursos en procedimientos penales de dicho país «hackers» alemanes que estaban usando redes internacionales de datos para obtener el acceso a información dentro de sistemas informáticos americanos, británicos, y de otros países extranjeros, y vender sus hallazgos al anterior servicio secreto Soviético, el «KGB». Sobre el caso se publicaron las obras de AMMANN, LEHNHARD, MEIFINER, y STAHL: «Hacker für Moskau», 1989, y STOLI: «The Cuckoo's Egg», 1989; y lo recogen también HAFNER y MARKOFF: «Cyberpunk», 1991, págs. 139 y ss.

⁹ Por esta misma época tuvo lugar la utilización de uno de los primeros «gusanos de Internet», creado por un estudiante americano que afectó y bloqueó cerca de 6.000 sistemas informáticos dentro de la red Internet en solamente unos cuantos días. Caso recogido también por HAFNER y MARKOFF, *últ. op. cit.*, págs. 251 y ss.

¹⁰ TIEDEMANN: «Fraude et autres delits...», *cit.*, cuyo título ya de por sí es significativo.

dad mediante computadoras», que se alude a «todos los actos, antijurídicos según la ley penal vigente (o socialmente perjudiciales y por eso penalizables en el futuro), realizados con el empleo de un equipo automático de procesamiento de datos»¹¹. Por su lado el Departamento de Justicia Norteamericano, conceptuaba el delito informático como «cualquier acto ilegal en relación con el cual el conocimiento de la tecnología informática es esencial para su comisión, investigación y persecución»¹². O más ampliamente, como SNEYERS¹³ que consideraba los delitos informáticos como «todos aquellos que se relacionan directa o indirectamente con el medio informático (ordenadores, miniordenadores, microordenadores, equipos de tratamiento de textos, redes de telecomunicación y otros equipos informáticos, software, ficheros de datos y bases de datos)», si bien tales generosas nociones fueron seria y justificadamente criticadas¹⁴.

Esta y otras nociones se ceñían a criterios tradicionales, y daban incluso lugar a clasificaciones simplistas como la desarrollada desde el punto de vista de la vinculación del fenómeno informático a la actividad delictiva tradicional, y que distinguían entre los supuestos en los que «lo informático» era el objeto del delito, de aquellos supuestos en los que «lo informático» era el medio comisivo del delito. Pero el fenómeno de la criminalidad informática ha ido evolucionando con la propia sociedad y sus cambios de paradigmas, no pudiendo ya simplificarse

¹¹ TIEDEMANN, K.: «Poder económico y delito», (Traducción de A. Mantilla Vilegas), Editorial Ariel, Barcelona, 1985, pág. 122.

¹² Cit. en ROMEO CASABONA: «Poder informático...», cit., pág. 42.

¹³ SNEYERS, A.: «El fraude y otros delitos informáticos», T.G.P., Madrid, 1990, págs. 31 y ss.

¹⁴ Así por ejemplo por LE STANG/VIVANT: «Lamy Droit de L'Informatique», París, 1986, pág. 8, o TORTRAS, C: «La informática y el derecho», comunicación presentada a la 6.ª Ponencia sobre «Delitos informáticos» de las I Jornadas «Abogacía e Informática» organizadas por el Il.º Colegio de Abogados de Barcelona, pág. 120, siguiendo a los anteriores, y que consideran que esta definición olvida que las relaciones accesorias con la técnica informática, como el robo de un ordenador, no justifican el que se pueda calificar dicho comportamiento como delito informático.

sus diversas modalidades comisivas o de manifestación, en aquellas clasificaciones simples y genéricas¹⁵.

Así, se fue evolucionado en la conceptualización del delito informático, y que una noción del mismo había de ser establecida como un concepto amplio, no sólo económico patrimonial, y en el que, más tarde en los años 90, se ha venido a incluir también la distribución de materias o contenidos ilegales a través de Internet y el uso de ordenadores y sistemas de comunicación por grupos criminales organizados.

En 1983 un grupo de expertos de la OCDE definieron el término «computer crime» (o «computer-related crime») como cualquier *conducta antijurídica, antiética, o no autorizada, relacionada con un procesamiento automático de datos y/o transmisión de datos*¹⁶, y la amplitud de este concepto se consideró ventajosa, siendo incluso asumida por gran parte de la doctrina, como RUIZ VADILLO¹⁷ al permitir el uso de la misma hipótesis de trabajo para toda clase de estudios penales, criminológicos, económicos, y legales. Ahora bien, lo cierto es que, se reitera, cada uno de los iniciales estudios que se elaboraban sólo se ocupaban de aquellos fenómenos de la criminalidad informática que incidían en los problemas específicamente informáticos en su respectiva disciplina¹⁸. Más tar-

¹⁵ De hecho, como sostiene ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SOTO, siguiendo al profesor LOSANO, todos los ilícitos tradicionales se pueden cometer mediante un ordenador o, también, pueden tener como objeto propio un ordenador (ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SOTO, J.M.: «Informàtica i Dret penal. Els delictes relatius a la informàtica», en «El Codi Penal de 1995: Part especial», Studia Iurídica, vol. 13, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1997, págs. 191 a 209. Esta cita concretamente pág. 194 al tratar de la dimensión penal del fraude informático).

¹⁶ Ver los trabajos auspiciados por la OCDE en el apartado V.1.1 ut infra. Similar traducción es la recogida por MIR PUIG en «Delincuencia informática», cit., pág. 66. y por CORREA y otros: «Derecho informático», Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, pág. 295.

¹⁷ RUIZ VADILLO, E.: «Tratamiento de la delincuencia informática como una de las expresiones de la criminalidad económica», Poder Judicial, Número especial IX, 1989, págs. 53 a 79, concretamente págs. 58 y 59.

¹⁸ Otros primeros intentos de definición pueden encontrarse en GUTIÉRREZ FRANCÉS: «Fraude informático y...», cit., págs. 53 a 58.

de a finales de los ochenta y principios de los noventa, otros estudios fueron desarrollando conceptos más amplios sobre el que ha venido a denominarse *delito de datos y/o información*¹⁹, y que es propiamente lo que constituye el término actual de delito informático.

No obstante en la actualidad, y sobre todo en nuestra doctrina patria, que como siempre suele ir a remolque de la evolución dogmática en otros países y de sus reformas legislativas, con un retraso de entre cinco y diez años, siguen utilizándose mayoritariamente concepciones limitativas o parciales del «delito informático». Así por ejemplo, la clásica concepción de CAMACHO LOSA²⁰ como «toda acción dolosa que provoca un perjuicio a personas o entidades, sin que necesariamente conlleve un beneficio material para su autor, o que, por el contrario, produce un beneficio ilícito a su autor aún cuando no perjudique de forma directa o inmediata a la víctima, y en cuya comisión intervienen necesariamente de forma activa dispositivos habitualmente utilizados en las actividades informáticas», ha seguido siendo utilizada por parte de la doctrina para la elaboración de sus propias concepciones; o más actualmente la caracterización dada por CHOCLAN²¹ a la criminalidad informática, al afirmar su especificidad «por dos factores fundamentales: las acciones se vinculan al funcionamiento de una máquina y, en buena parte de los supuestos, recae sobre un objeto intangible o inmaterial». O desde la perspectiva del denominado Derecho informático, las de DAVARA²² que lo define como «la realización de una acción que, reuniendo las características que delimitan, el concepto de delito, sea llevada a cabo utilizando un elemento informático y/o telemático, o vulnerando los derechos del titular de un elemento informático, ya sea hardware o software», refiriéndose, por lo demás, solamente a la comi-

¹⁹ En tal sentido BLOMM y BECKER: «Spectacular Computer Crimes», 1990, págs. 69 y ss.

²⁰ CAMACHO LOSA: «El delito...», cit., pág. 17.

²¹ CHOCLAN MONTALVO: «Estafa por computación...», cit., pág. 1070.

²² DAVARA RODRÍGUEZ: «Manual de...», cit., si bien inicialmente niega la existencia como tal del delito informático (pág. 286), posteriormente, acepta tal expresión (pág. 288).

sión de un delito por medios informáticos y/o telemáticos, como en similares términos PÉREZ LUÑO²³; o la de GÓMEZ PERAL²⁴ como «conjunto de comportamientos dignos de reproche penal que tienen por instrumento o por objeto a los sistemas o elementos de técnica informática, o que están en relación significativa con ésta, pudiendo presentar múltiples formas de lesión de variados bienes jurídicos».

²³ PÉREZ LUÑO, A.E.: «Manual de Derecho e Informática», Barcelona, 1996.

²⁴ GÓMEZ PERAL, M.: «Los Delitos Informáticos en el Derecho Español», 4.ª Ponencia presentada en la mesa núm. 5 «Delitos informáticos» en el III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho, celebrado del 21 al 25 de Septiembre de 1992 en Mérida (Badajoz), Informática y Derecho núm. 4, «Actas del III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho», Vol. I. U.N.E.D. (Centro Regional de Extremadura) / Editorial Aranzadi, Mérida, 1994, pág. 482.

III.2

ACTUAL CONCEPTUACIÓN DEL DELITO INFORMÁTICO

Tal fenómeno de exteriorización o manifestación de lo que actualmente hemos considerado el riesgo informático en una sociedad global del riesgo y de la información, en cuanto ha sido y es no sólo objeto de análisis criminológico por parte de la doctrina, sino también sustantivo, teniendo reflejo en la creación e incorporación de nuevas figuras delictivas en los ordenamientos jurídicos de casi todos los países, es lo que finalmente, y ya adecuadamente y con propiedad, se le ha ido denominando con carácter genérico como «delito informático» o «delito vinculado a la informática»²⁵, pero asignándosele una categoría más funcional o criminológica que penal substantiva.

De hecho, la postura mayoritaria tradicional en nuestro país, ha consistido en negar la existencia del «delito informático» per se, y aceptar, como mucho, la existencia de una pluralidad de ilícitos con una única nota común: su vinculación con el ordenador²⁶, considerando conse-

²⁵ Ambos términos trasladados del inglés: «computer crime» y «computer related crime», que han sido, y siguen siendo usados indistintamente como sinónimos tanto por la doctrina como por los legisladores en el derecho comparado; v.g., SIEBER: «Comcrime...», cit., pág. 18, y que considera la época de los años 60 como el inicio de la historia del delito informático.

²⁶ En tales términos ROMEO CASABONA: «Poder informático...», cit., pág. 41, y más recientemente ALASTUEY DOBON, M.C.: «Apuntes sobre la perspectiva criminológica de la delincuencia informática patrimonial», 1.^a Ponencia presentada en la mesa núm. 5

cuentemente más adecuada la utilización del término «delincuencia o criminalidad informática», y como una categoría exclusivamente criminológica²⁷.

Es por todo ello que, en contra de las posturas tradicionales de negación de la realidad del delito informático en su globalidad, y de su conceptualización genérica como meros delitos tradicionales que no representan más que un nuevo *modus operandi*²⁸, esto es el ser cometidos por medios informáticos, o como «delitos contenidos en la vigente legislación cometidos a través de medios informáticos»²⁹, deben también superarse las nociones conceptuales elaboradas hasta la fecha, como, por ejemplo, la conceptualización de la delincuencia informática como equiparable a la financiera, de NIMMER³⁰, o a una forma de la delincuencia económica de RUIZ VADILLO³¹ o MÖHRENSCHLAGER³², o una sección de

«Delitos informáticos» en el III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho, celebrado del 21 al 25 de Septiembre de 1992 en Mérida (Badajoz), Informática y Derecho núm. 4, «Actas del III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho», Vol. I. U.N.E.D. (Centro Regional de Extremadura)/ Editorial Aranzadi, Mérida, 1994, págs. 453 a 464; esta afirmación en pág. 453.

²⁷ En tal sentido también, GUTIÉRREZ FRANCÉS: «Fraude informático y...», cit., pág. 62.

²⁸ Como ya afirmara en su día MÖHRENSCHLAGER, M.: «Tendencias de política jurídica en la lucha contra la delincuencia relacionada con la informática», en MIR PUIG: «Delincuencia...», cit., págs. 47 a 64; esta consideración concretamente en la pág. 48.

²⁹ Como todavía se recoge en ámbitos no estrictamente jurídicos como en las conferencias internacionales de fuerzas y cuerpos policiales y de seguridad; así DEL MORAL TORRES, A. en su «Informe sobre la Conferencia Internacional del FBI sobre delitos informáticos», convocada por el U.S. Department of Justice, Federal Bureau of Investigation (F.B.I.), celebrada en las instalaciones del Chase Manhattan Bank de Nueva York entre el 4 y el 7 de marzo de 1997, como conclusión primera de la conferencia, pág. 15.

³⁰ NIMMER, R.T.: «The Law of Computer Technology», New York, 1985.

³¹ RUIZ VADILLO: «Tratamiento de la delincuencia informática...», cit., pág. 56, y que llega a afirmar que «toda la fenomenología de la delincuencia económica es aplicable mutatis mutandis a la materia informática» (pág. 63).

³² MÖHRENSCHLAGER, M.: «El nuevo Derecho Penal informático en Alemania», en MIR PUIG: «Delincuencia...», cit., págs. 99 a 144, esta apreciación como base de la reforma legislativa alemana en págs. 101 y 102.

la delincuencia económica de GÓMEZ PERAL³³ al configurarla como «el conjunto de acciones dolosas que provoca un perjuicio a personas físicas o entidades, sin que sea necesario que ello conlleve un beneficio material para su autor, o viceversa, produce un beneficio ilícito a su autor aún cuando no perjudique de forma ostensible a la víctima»; o definiciones parciales del delito informático, como la dada por TORTRAS³⁴, quien, considerando no obstante impropia tal denominación, lo conceptúa como «acción dolosa que vulnera bienes jurídicos penalmente protegidos mediante la utilización de medios informáticos».

Como se ha indicado anteriormente, en la última década el término actual de delito informático se ha venido configurando en base a los nuevos intereses dignos de protección penal como la información y los datos en sí mismos, con uso de conceptos amplios y en torno a lo que ha venido a denominarse *delito de datos y/o información*. Pero la configuración de este término no es tan reciente. Ya KASPERSEN³⁵ recogía el concepto del delito vinculado a la informática elaborado por el CRI (Departamento de Inteligencia de la Policía, La Haya) desde 1981³⁶ como «comportamiento (potencialmente) perjudicial y vinculado a aparatos informáticos o auxiliares en relación con el almacenamiento, procesamiento o transferencia de datos»³⁷, en donde aparecen dos elemen-

³³ GÓMEZ PERAL: «Los Delitos Informáticos...», cit., pág. 481, en donde manifiesta que utiliza «la expresión de «delitos informáticos» en un sentido impropio, pues no existiendo legislación que tipifique todavía estos supuestos, no puede hablarse de auténtico delito».

³⁴ TORTRAS, C.: «El delito informático», Revista Informática y Derecho, ICADE, Madrid, 1989, pág. 45.

³⁵ KASPERSEN, H.: «Computer Crimes and Other Crimes against Information Technology in the Netherlands», en A.I.D.P. (Asociación Internacional de Derecho Penal): «Internacional Review of Penal Law». Vol. 64. 1-2, 1.º y 2.º trimestre de 1993, pág. 473; así como en SIEBER: «Information technology...», cit., pág. 359.

³⁶ CRI Annual Report 1989, pág. 11.

³⁷ Frente a la definición general diferente, derivada del modelo Parker (PARKER: «Fighting...», cit., pág. 12, utilizada en el RAC Report de 1988) de «actos criminales (en sentido amplio) en los que la tecnología de la información juega un papel considerable, sea como objeto, instrumento, o símbolo».

tos primordiales para la noción actual del delito informático: la potencialidad del perjuicio y la afectación de las funciones propiamente informáticas, o lo que es lo mismo de un sistema informático, distinto claramente de un mero aparato automático, el cual si bien tiene dos de las funciones de aquél (almacenamiento y procesamiento de datos), carece de la tercera: la transferencia de los datos³⁸.

Hoy en día no sólo puede hablarse de la existencia de meros abusos informáticos derivados del uso y utilización de los sistemas informáticos y de telecomunicaciones, sino también de comportamientos ilícitos informáticos derivados de la propia sociedad global del riesgo informático y de la información, y que, en cuanto adquieren la suficiente entidad y gravedad como para constituir ataques serios a intereses jurídicamente protegidos y protegibles, tradicionales y nuevos, que deben ser contrarrestados con medidas que superen los meros ámbitos de la autorregulación, del derecho administrativo y del derecho civil, requiriendo la intervención del derecho penal, se constituyen en lo que podemos denominar «delitos informáticos». En consecuencia, podemos no sólo afirmar la existencia del delito informático como manifestación global y genérica de la criminalidad informática originada por el riesgo propio del uso y utilización de la informática y de la información en la actual sociedad, sino incluso el utilizar correctamente el término de *delito informático* no sólo como categoría funcional sino incluso para referirnos al conjunto de figuras substantivas normativas que conforman el núcleo de lo que hemos venido a denominar Derecho penal global del riesgo informático y de la información.

Mas para poder desarrollar una noción jurídico penal válida y completa del delito informático en general, es preciso incidir, en primer lugar, en la cuestión del bien jurídico protegido afectado por este tipo de ilícitos y su naturaleza jurídica; y posteriormente se puede entrar, en segundo lugar, a analizar las características comunes al conjunto de estos comportamientos ilícitos, y, en tercer lugar, ver las diversas modalidades globales en las que se manifiesta.

III.3

BIENES E INTERESES JURÍDICOS PROTEGIDOS Y PROTEGIBLES; NATURALEZA JURÍDICA

No puede partirse ya de la base de configurar el delito informático únicamente sobre el bien o interés jurídico tradicional afectado, con olvido de los nuevos intereses surgidos de los retos de la sociedad actual y, por su importancia, entidad y afectación social global, merecedores también de protección penal, pues el que «lo informático» sea el medio o el objeto del ataque, no va a afectar para nada ni la naturaleza jurídica ni una estructura delictual tradicional³⁹.

Como veremos más adelante⁴⁰, ésta, no obstante, ha sido la postura de reacción legislativa mayoritaria en el derecho comparado, y la llevada a cabo por nuestro legislador a través del nuevo Código Penal de 1995, utilizando una metodología tradicional y recurriendo, normalmente, a la creación de los llamados tipos de equivalencia, como en nuestro caso con el art. 248.2, cuando no modificando o ampliando algunos elementos o requisitos en las figuras delictuales ya existentes, y efectuando la doctrina y la jurisprudencia, en base a ello, la correspondiente subsunción de nuevos comportamientos abusivos informáticos por la vía

³⁹ Tal postura de consideración del delito informático en base a los bienes jurídicos tradicionales es la seguida por muchos autores de nuestra doctrina patria. Así, por ejemplo, ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SOTO: «Informática i...», cit., págs. 191 y ss.

⁴⁰ Ver Capítulos VI y VIII ut infra.

de una interpretación correctiva, sistemática o correctora de los preceptos clásicos⁴¹.

No obstante, tampoco pueden ser olvidados ni marginados en favor exclusivo de los nuevos bienes jurídicos aparecidos con los cambios sociales, como la propia información, los datos en sí mismos, o la fiabilidad o seguridad de los contenidos de sistemas y redes informáticas y de telecomunicación. Tales extremos ya fueron apuntados en su día, entre otros, por ROMEO CASABONA⁴², y más recientemente por BUENO ARUS⁴³, para quienes, no obstante partir de la simplista conceptualización del delito informático en cuanto referirlo a aquellos supuestos en los que la cualificación de informático viene referido al medio de comisión de delitos variados y tradicionales, o bien al objeto sobre el que recaen dichas conductas, reconocían y mantenían que en este segundo grupo, los delitos que recaen sobre objetos informáticos propiamente dichos⁴⁴, se podía considerar que por encima o junto al bien jurídico tradicional correspondiente, se produce también la lesión de un bien jurídico nuevo, que configuran como *la información sobre la información*, esto es la que permite acceder a la información y conocerla, atribuyéndole una consi-

⁴¹ Y que en algunos casos no sólo ha dado lugar al planteamiento de grande dudas en cuanto a la vulneración del principio de legalidad, sino incluso a verificarse por principios de política criminal y de justificación de criterios interpretativos jurisprudenciales anteriores, en mi opinión y como expondré más adelante, una interpretación normativa in malam partem o en contra del reo, como es el de la subsunción del uso indebido de tarjetas magnéticas en cajeros automáticos para la obtención de dinero en efectivo en la figura del robo con fuerza en las cosas conforme a los arts. 237, 238.4.º, y 239 in fine.

⁴² ROMEO CASABONA, C.M.: «La protección penal del software en el Derecho español», Actualidad Penal núm. 35, sept.-octubre 1988, págs. 1829 y ss., como también lo había efectuado en sus obras anteriores.

⁴³ BUENO ARUS, F.: «Els delictes relatius a la informàtica», en «El Codi Penal de 1995: Part especial», Studia iurídica, vol. 13, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada del departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1997, págs. 173 a 190.

⁴⁴ Cabe reiterar aquí la crítica expuesta anteriormente, Sección III.1 ut supra, en referencia a la noción simplista del delito informático, por excesiva en cuanto calificar determinados comportamiento delictuales comunes como delitos informáticos.

deración como valor o bien económico en sí misma, y que da unidad sistemática a todas las modalidades delictuales vinculadas a la informática, a la vez que reviste la importancia suficiente como para que la infracción cometida sea merecedora de una cualificación jurídica y de una sanción que se base exclusivamente o preferentemente en la importancia de este nuevo bien jurídico.

Y efectivamente tales consideraciones deben tenerse presentes en la nueva conceptualización del delito informático, que, según mi opinión, debe venir presidida por su configuración como un *delito pluriofensivo*, en el que teniendo siempre concurrente la protección de los nuevos intereses derivados de la sociedad global del riesgo informático y de la información (la información en sí misma, los datos informáticos, que son la representación de aquélla, y la fiabilidad y seguridad colectiva en los medios y sistemas de tratamiento y transferencia de la información), sin los cuales no existirá la precisa unidad sistemática como para merecer sus diversas modalidades la consideración de una categoría sustantiva penal específica y propia, y no meramente criminológica o funcional, deben conjugarse además con la protección de bienes jurídicos tradicionales, bien individuales bien colectivos. Con ello, ya ab initio quedan al margen de tal conceptualización aquellos supuestos delictivos en los que viéndose afectados elementos informáticos, éstos no presentan en el comportamiento típico ninguna de sus características propias en relación a sus funciones automáticas de almacenamiento, tratamiento, transferencia y transmisión de la información.

El concepto de delito informático, por tanto, no debe venir referido a la realización de una conducta ilícita a través de elementos o medios informáticos, o meramente el que éstos sean el objeto de tal comportamiento delictivo, sino constituirse en torno a la afectación de la información como bien jurídico protegido, primordial y básico, que no exclusivo, pues para su diferente tipología deberá tenerse presente asimismo si resultan afectados otros bienes jurídicos, normalmente tradicionales.

Ya GUTIÉRREZ FRANCÉS⁴⁵ apuntó en su día la aparición de nuevos intereses sociales valiosos vinculados a los sistemas informáticos y

⁴⁵ GUTIÉRREZ FRANCÉS: «Fraude informático...», cit., págs. 619 y 620.

merecedores de protección penal autónoma, siguiendo el modelo francés ⁴⁶, extremo que no ha sido mayoritariamente seguido por la doctrina y el legislador patrio, que siguen adoptando sus criterios en base a bienes jurídico tradicionales. Y más recientemente MORÓN LERMA ⁴⁷ al tratar del mero acceso ilegal o intrusismo informático («hacking») mantiene que la punición autónoma de dicha conducta plantea ya problemas o dudas en cuanto a su adecuada ubicación sistemática y al bien jurídico protegido, y considerando que los que pretenden configurar como interés de nuevo cuño la seguridad en los sistemas informáticos, éste si bien es un interés supraindividual, no obstante lo es de carácter difuso, y no permite siempre un encaje en los delitos patrimoniales y el orden socioeconómico, poniendo por ejemplo la afectación del funcionamiento de los servicios bibliotecarios a distancia o telemáticos de una universidad, lo cual le lleva a concluir que, en todo caso y con carácter general, la protección o tutela material, social y jurídica debe recaer sobre la información en sí misma, «como bien económico, en una sociedad en la que el poder ya no sólo es ostentado por quien detenta la información, sino por quien sabe abastecerse y disponer de ella».

En tales términos, sostengo como principal bien jurídico protegible la información, y secundariamente los datos informáticos en sí mismos o los sistemas y redes informáticos y de telecomunicaciones, pues los primeros no constituyen más que la representación electrónica, incluso digital, de la primera, con un valor variable, y los segundos los mecanismos materiales de funciones automáticas de almacenamiento, tratamiento, transferencia y transmisión de aquélla, cuya afectación o no, de cualquiera de ellos, datos o elementos, pueden servir, normalmente mas no necesariamente, para la configuración de algunas modalidades o tipos de delitos informáticos.

Todo lo expuesto hasta ahora nos lleva a una última consideración que determina la naturaleza jurídica del delito informático en general. Hasta ahora y a tenor de la estructura tipológica que se ha venido proponiendo por los sectores doctrinales tradicionales y que asimismo en

⁴⁶ Ver Subsección VI.3.2. ut infra.

⁴⁷ MORÓN LERMA: «Internet y Derecho Penal...», cit., págs. 67 y 137.

la mayoría de las legislaciones penales de países de nuestro entorno, y de la nuestra naturalmente, se ha adoptado para reaccionar normativamente en el ámbito penal contra varias de las modalidades de lo que han venido denominándose delitos informáticos, puede apreciarse claramente que en la creación de las nuevas figuras penales éstas han sido configuradas principalmente como delitos de resultado, siendo preciso la existencia de un daño, de un quebranto de un bien jurídico tradicional, con un perjuicio individual o colectivo, o un menoscabo personal, al menos valuable desde el punto de vista económico patrimonial, y obviando, consecuentemente, la formulación de ilícitos penales de riesgo, sea concreto o abstracto.

Mas, a raíz de la admisión de la información en sí misma como el nuevo objeto principal, o al menos el más relevante, susceptible de protección en el ámbito de un Derecho penal adecuado a los nuevos retos derivados de la Sociedad global del Riesgo Informático y de la Información, debemos partir de la base de cuál debe ser el grado de afectación de la misma para la inicial confección de las figuras penales informáticas. Esto es, ¿es preciso un perjuicio, daño o menoscabo de este nuevo bien jurídico, o basta con que la conducta objeto de análisis cree una condición de peligro, de riesgo, potencialmente apto para que se produzca?

En tal sentido, y siguiendo las argumentaciones ya expuestas en apartados anteriores, en la configuración de un Derecho Penal del Riesgo informático y de la información, creo que para la formulación dogmática de una concepción actual del delito informático en general, con las salvedades propias de toda excepción a la regla, la punibilidad debe venir determinada, en este ámbito, por la potencialidad de las conductas o comportamientos en afectar gravemente la información en sí misma como bien jurídico supraindividual y el interés colectivo en la seguridad y fiabilidad de los sistemas y redes de almacenamiento, tratamiento, procesamiento y transferencia de la misma, siendo por tanto el método a utilizar el de formulación de *tipos delictivos de riesgo abstracto* en cuanto a la grave afectación de estos nuevos bienes jurídicos⁴⁸, con indepen-

⁴⁸ En el mismo sentido que CORCOY BIDASOLO formula la «Teoría general de los delitos de peligro» como método adecuado de protección de bienes jurídico-penales

dencia del requerimiento por alguna figura concreta, además, y en su caso, de un resultado perjudicial, lesivo o dañino de un bien jurídico tradicional, individual o colectivo, también protegido y concurrente.

Si no hay posibilidad de grave afectación, directa o indirectamente, de la información, no cabe hablar de delito informático como delito del riesgo informático y de la información, siendo procedente efectivamente unas medidas de sanción en el ámbito administrativo, como por ejemplo pretende MORÓN LERMA⁴⁹ para todas las conductas, sin distinción, de mero acceso o intrusismo informático, y efectuadas sin otro móvil que la mera curiosidad o diversión, o incluso en el ámbito civil. Pero incluso en tales supuestos debe precisarse que frente a las conductas que aún suponiendo inicialmente un quebranto leve de la información como bien o valor de interés supraindividual, sí traen consigo indisolublemente una potencialidad o peligrosidad de quebranto de otros bienes jurídicos tradicionales, la reacción más adecuada sigue siendo la penal y no la de la mera sanción administrativa.

supraindividuales. CORCOY BIDASOLO, M.: «Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales», Universidad Pública de Navarra, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 373.

⁴⁹ MORÓN LERMA: *Internet y Derecho Penal...*, cit., págs. 73 y 140.

III.4

CARACTERÍSTICAS CRIMINOLÓGICAS Y SUSTANTIVAS DE LOS DELITOS INFORMÁTICOS EN GENERAL

En la caracterización de los delitos informáticos podemos hablar de unos rasgos específicos o propios significativos, fundamentalmente basados en peculiaridades tradicionales de tipo criminológico, y que asimismo han sufrido una evolución a tenor de los cambios conceptuales de la propia criminalidad o delincuencia informática y de la actual configuración de los ilícitos informáticos como delitos del riesgo informático y de la información. Así con carácter general BUENO ARUS⁵⁰ sostiene que la delincuencia informática, desde un punto de vista criminológico, «presenta dificultades especiales para su persecución en relación con la delincuencia tradicional, dada la rapidez de su comisión, el que puede tener lugar a distancia, y atendida la complejidad de la fijación de la autoría, así como la facilidad para encubrir el hecho y borrar las pruebas que habrían permitido enjuiciarlo».

Por su parte, GÓMEZ PERAL entiende que para determinar los principales rasgos que permitan construir una categoría con los dispersos delitos informáticos es preciso atender tanto al sistema económico y al contexto social en que tienen lugar, como a las propias características tecnológicas de la Ciencia Informática; y, desde este punto de vista técnico, aprecia como rasgos decisivos el carácter incorporeal de algunos

⁵⁰ BUENO ARUS: «Els delictes relatius...», cit., pág. 174.

elementos de la Informática (software), la posibilidad de acumular un ingente caudal de datos en volúmenes reducidísimos (bases de datos), la práctica desaparición del factor distancia o espacio (gracias a las redes de comunicaciones), la reducción alucinante del factor tiempo en la realización de cálculos y procesos complejos, la dificultad en el hallazgo de pruebas por la posibilidad de alterar programas y datos sin dejar rastro, y el que la complejidad técnica de la materia reduce su conocimiento a un círculo reducido de expertos, respecto de los cuales también resultarían inútiles los controles del sistema»⁵¹.

Desde una perspectiva más precisa, y basándonos en los iniciales estudios criminológicos de SIEBER⁵², podemos establecer una serie de características básicas tradicionales criminológicas del actual delito informático:

- 1.- Permanencia delictual por la repetición y el automatismo del hecho.
- 2.- Extensa y elevada lesividad.
- 3.- Dificultades de averiguación y comprobación.
- 4.- Alto volumen de cifra negra.

A las anteriores características podemos añadir otras que o bien han sufrido modificaciones en su actual configuración por la continua evolución social y los permanentes avances de las nuevas tecnologías, o bien han surgido con los mismos, tal y como se recogen también en los más recientes estudios criminológicos elaborados por SIEBER⁵³:

- 5.- Mayor frecuencia, diversidad y peligrosidad.
- 6.- Distanciamiento espacio/temporal.
- 7.- Transfronterizo.

⁵¹ GÓMEZ PERAL: «Los delitos informáticos...», cit., pág. 489, quien respecto de esto último sostiene que «nos podríamos plantear el eterno problema: ¿Quién controla al controlador?».

⁵² SIEBER, U.: «Criminalidad informática: Peligro y prevención». En MIR PUIG: «Delincuencia Informática», cit., págs. 13 a 46 (traducción de Elena Farré Trepal). Este artículo se elaboró a partir de la revisión de diversas ponencias que el autor pronunció en los años 1981 y 1982 en diversas jornadas en Alemania.

⁵³ SIEBER: «Legal Aspects...», cit., págs. 58 a 60.

Y por último deben efectuarse unas precisiones caracteriológicas respecto al sujeto activo y la víctima del delito:

8.- Sujeto activo: el delincuente informático.

9.- Sujeto pasivo: la víctima del delito informático.

Todas ellas nos van a llevar a una serie de caracterizaciones o peculiaridades sustantivas de los ilícitos informáticos y a la conclusión de que es posible hablar en la actualidad del delito informático como una categoría propia sustantiva y no meramente funcional, así como establecer las bases para su estructuración o configuración como reacción legal penal adecuada a los nuevos retos tecnológicos y sociales en el concepto de lo que hemos denominado delito del riesgo informático y de la información en el marco de un derecho penal global del riesgo informático y de la información.

III.4.1. LA PERMANENCIA DEL HECHO: REPETICIÓN Y AUTOMATISMO

La permanencia del hecho es la primera y principal característica actual del delito informático en general, que además va a determinar la configuración de otras características. Como sostenía SIEBER en su distinción de la criminalidad informática frente a la clásica criminalidad patrimonial, la rígida organización que normalmente caracteriza la forma de trabajo del procesamiento de datos, permite que cualquier sujeto que participe o intervenga en la misma, si encuentra una laguna puede aprovecharse de ella en cualquier momento⁵⁴. Ello trae como consecuencia la *posibilidad de repetición* de la acción delictiva, que se constituye como base del fenómeno peculiar de la permanencia en la comi-

⁵⁴ Recoge dicho autor, ult. *op. cit.*, págs. 29 y 30, que «de hecho muchos delitos realizados por medio de ordenador han sido descubiertos únicamente porque el autor se puso enfermo y su suplente advirtió irregularidades», y que «no obstante, este descubrimiento que en estos casos se produjo casualmente, puede ocasionarse de forma premeditada a través de un cambio planificado del lugar de trabajo (la denominada job-rotation). Parecidos efectos tiene también una rigurosa política de vacaciones, que obligue a todos los empleados del proceso de datos a por lo menos dos semanas de vacaciones sin interrupción (a ser posible a fin de mes) y que de esta forma les impida tener la oportunidad de destruir listados y errores en el protocolo, que pudieran delatarles».

sión del hecho. Así tradicionalmente se ha expuesto como muestra el caso ya citado⁵⁵ del fraude de la Fundación American Equity, en donde se llevaron a cabo un conjunto de 56.000 manipulaciones individuales. Como ya apreciaba TIEDEMANN, si en la primera intromisión en el sistema informático se logra tener éxito, el autor suele continuar con la comisión de actos ilícitos⁵⁶.

Efectivamente, la incidencia de la posibilidad de repetición de una actuación ilícita en el ámbito informático, favorece su nueva comisión, incluso en múltiples ocasiones, derivando en la práctica a que en un alto porcentaje de los supuestos conocidos y enjuiciados de ilícitos informáticos la conducta de los autores no se ha limitado a una única acción delictual, sino a una reiteración continua de la misma. Ello, desde el punto de vista penal sustantivo, se plasma en lo que ALASTUEY DOBON⁵⁷ denomina como «efecto continuado» propio de esta delincuencia, y el que por la jurisprudencia se aprecie en un alto porcentaje de ocasiones la figura del *delito continuado* para la sanción de tales comportamientos⁵⁸.

Pero es que, además, cabe la realización de una sola inicial acción por parte del sujeto activo, consistente en una manipulación del programa de funcionamiento informático, o un cambio en la base de datos, es decir afectar a las funciones de almacenamiento, procesamiento y transferencia de datos o de la información, para que la frecuente repetición del hecho delictivo provenga no de diversas acciones individuales del autor sino de un *automatismo del sistema*, sin intervención alguna del sujeto activo, puesto que variada o creada una nueva instrucción en el programa informático correspondiente, cada vez que se acceda al programa o a la base de datos, el sistema va a repetir automáticamente la

⁵⁵ Ver Sección III.1. ut supra y el Apartado III.5.4.5, nota 350, ut infra.

⁵⁶ TIEDEMANN: «Poder económico...», cit., pág. 123; en el mismo sentido GUTIÉRREZ FRANCÉS: «Fraude informático y...», cit., pág. 79, y ALASTUEY DOBON: «Apuntes sobre la perspectiva...», cit., pág. 484.

⁵⁷ ALASTUEY DOBON: «Apuntes sobre la perspectiva...», cit., pág. 484.

⁵⁸ Ver al respecto los supuestos objeto de enjuiciamiento por los Juzgados y Tribunales en nuestro país, recogidos en la Sección VII.1 y en el Capítulo IX, ut infra.

manipulación⁵⁹. Y ello debe llevar asimismo a la configuración normalmente de estas conductas, desde la perspectiva del derecho penal sustantivo, como modalidades delictivas de *comisión instantánea y de efectos permanentes*.

Por todo ello, aunque no comparto tal postura, GÓMEZ PERAL se manifiesta partidario de que la presencia de especificidades en los delitos informáticos, como su frecuente carácter continuo, no debía llevar a crear nuevos tipos delictivos sino resolverse en la Parte General del Código estableciendo un plus punitivo para los delitos cometidos con auxilio o en relación a sistemas informáticos⁶⁰.

III.4.2. EXTENSA Y ELEVADA LESIVIDAD

Esta característica de una extensa lesividad del delito informático ha sido abordada tradicionalmente por la práctica generalidad de la doctrina desde la perspectiva de la incidencia de la criminalidad informática en el ámbito económico patrimonial, y como una elevada perjudicialidad del delito informático en tal ámbito, obviando su análisis en los otros ámbitos afectados por la delincuencia informática, como la intimidad personal o la emisión de contenidos ilícitos a través de medios informáticos o telemáticos (por ejemplo a través de Internet). No obstante de los estudios elaborados en estos campos específicos se puede deducir claramente la extensión de esta característica a la generalidad de los delitos informáticos, aunque siga teniendo su máxima expresión y alcance en el campo económico.

⁵⁹ Por este motivo, dice SIEBER, «si se descubre una determinada manipulación del ordenador tiene que comprobarse siempre que no se hayan producido otras manipulaciones en el desarrollo del funcionamiento en su conjunto», ult. *op. cit.*, pág. 30.

⁶⁰ GÓMEZ PERAL: «Los delitos informáticos...», cit., pág. 494, y que sostiene que «esta técnica resultaría muy conveniente respecto de muchas otras materias, como por ejemplo la delincuencia de funcionarios, porque son innumerables los preceptos en que la condición de funcionario se contempla aislada, casuísticamente para matizar determinados supuestos, cuando sería conveniente que por razones de claridad y economía se regulara globalmente como una circunstancia agravante genérica, con una penalidad específica».

Así ALASTUEY⁶¹ ha abordado tangencialmente la cuestión al sostener que estos hechos procuran a sus autores unas elevadas ganancias, siendo el perjuicio económico que producen muy superior al de cualquier otro tipo de conducta ilícita, incluso al causado por la delincuencia económica tradicional. Por su lado, GÓMEZ PERAL⁶² alude, también desde el aspecto económico, a la «rentabilidad» de estos delitos, que calcula como «una tercera parte superior a la de cualquier otro tipo, ya se trate de una o pocas ocasiones en que se sustraen grandes cantidades o de infinidad de operaciones por un importe mínimo (técnica del salami)», afirmando además que «la lesividad de estas acciones se acentúa porque hoy en día la interconexión entre las actividades económicas genera un efecto de «cascada» en que se ven afectadas multitud de entidades, por lo que el perjuicio aumenta considerablemente».

Tales consideraciones y apreciaciones son plenamente válidas y acertadas, mas no sólo en el ámbito económico y en consideración a los beneficios que pueden obtener sus autores, sino desde un punto de vista más amplio en referencia a la magnitud de la extensión o alcance de la acción delictual en todos los ámbitos de incidencia de la delincuencia informática, debido fundamentalmente a que la causa principal de los daños tan elevados, como ya afirmara SIEBER aunque en referencia al ámbito económico patrimonial⁶³, es precisamente la característica anterior de la permanencia del hecho delictivo, y que, como hemos visto, aparece en un alto grado porcentual en todas las modalidades del delito informático.

⁶¹ ALASTUEY DOBON: «Apuntes sobre la perspectiva...», cit., pág. 459.

⁶² GÓMEZ PERAL: «Los delitos informáticos...», cit., pág. 483.

⁶³ SIEBER: «Criminalidad informática...», cit., pág. 30; Y así recogía que, según una investigación estadística propia de 1977 en Alemania, mientras los daños causados por la mayoría de los casos clásicos de estafa se encontraban por debajo de los 10.000 DM, la mayor parte de las manipulaciones del ordenador originaron una suma de daños entre 200.000 y 300.000 DM. Los daños de las manipulaciones informáticas descubiertos entre 1977 y 1982 se encontraban ya en orden mayor: entre 500.000 DM y 1,5 millones. Y en un proceso penal, de junio de 1982, se reprochaba a un especialista del proceso de datos el haber ocasionado a su empresa, en especial a través de manipulaciones del programa, un perjuicio de más de cuatro millones de marcos. Asimismo recoge que en EE.UU. una investigación del Standford Research Institute Intenational muestra una suma de daños de un promedio de 1,685 millones de dólares.

Pero es que además, se ha venido alegando que existe otra causa, que por otro lado motiva y facilita la tendencia hacia sumas de daños cada vez más elevadas, que es el hecho, en el ámbito económico patrimonial de la criminalidad informática, que el objeto del comportamiento ilícito sea el llamado *dinero contable*, cuya cantidad máxima no tiene por qué limitarse a la cantidad de dinero efectivo existente en caja, como sucede en los delitos clásicos económico patrimoniales. Mas el análisis actual de este aspecto deriva en otra consideración, en aras al conjunto de comportamientos que constituyen un ataque a la información, tengan o no carácter patrimonial, y a la fiabilidad y seguridad de los datos informáticos que la representan, esto es los delitos del riesgo informático y de la información, cual es la valoración adecuada del comportamiento ilícito global o conjunto del autor respecto al quebranto o ataque a la fiabilidad y seguridad del funcionamiento de un sistema informático o de telecomunicación, cuando individual o parcialmente, supuesto a supuesto, cada acto o acción singular realizada, no constituye más que un atentado leve o nimio a bienes jurídicos tradicionales de carácter individual: lo que en el ámbito de la delincuencia económica tradicional se denominan los *delitos bagatela*, es decir aquellos cuya cuantía de perjuicio patrimonial es mínima o cuasi irrelevante, y afectan a una sola víctima individual, pero cuya suma supone, tanto por la cuantía como por la multiplicidad de víctimas, un riesgo de afectación grave de los sistemas informáticos y de la seguridad y fiabilidad de la información y de los datos informáticos en sí mismos, y que, en referencia a la extensión y cuantificación del daño o perjuicio, asimismo también podemos observar en los restantes ámbitos de afectación de la delincuencia informática no estrictamente patrimoniales.

Pues bien, al igual que en estos otros ámbitos en donde el bien jurídico protegido no es el estrictamente económico sino de otra índole (por ejemplo, la intimidad personal o la indemnidad sexual), y donde el valor de los datos informáticos y de la información en sí misma objeto de ataque queda relegada en su caso para determinar los posibles daños y perjuicios morales y su cuantificación como responsabilidades civiles derivadas del delito, una similar adecuación debe operar en los delitos informáticos en el ámbito económico patrimonial, pues a tenor de lo expuesto, el conjunto de acciones ilícitas, que de por sí individualmente no superarían tal consideración de delito bagatela por el daño

patrimonial ocasionado, supone un *extenso alcance de afectación así como un elevado resultado perjudicial total*.

Y en este aspecto, incidiendo nuevamente como solución doctrinal y legal global en la creación de delitos de riesgo o peligro a la seguridad y fiabilidad de la información, los datos informáticos y los sistemas informáticos, entiendo que en los delitos informáticos *la cuantía del perjuicio económico ni debe afectar a su consumación delictual, ni tampoco a la existencia del delito en sí*, por lo que ni debe fundamentarse en ello el grado de ejecución delictual, valorando el hecho como tentativa o consumación, ni debe atenderse a un límite mínimo del mismo como base de su aminoración penal como falta, sino únicamente teniéndolo en cuenta para la formulación de tipos agravados o cualificados, y, en todo caso, derivando su incidencia al ámbito de las responsabilidades civiles derivadas del ilícito penal.

III.4.3. DIFICULTADES DE AVERIGUACIÓN Y COMPROBACIÓN

Más que sobre la caracterización de estas peculiaridades criminológicas, se ha venido centrando la doctrina, sobre todo la española, en su análisis como vínculo causa-efecto, como base, de una de sus consecuencias, también de índole criminológica: la cifra negra u oscura, que veremos más adelante. Así se han sostenido como base de estas características el anonimato del perjuicio producido⁶⁴, la facilidad para encubrir el hecho⁶⁵, y la disminución del riesgo de ser descubierto el autor gracias a la posibilidad de borrar todas las huellas, sin dejar rastro perceptible, una vez perpetrada su acción delictiva⁶⁶.

⁶⁴ Así CAMACHO LOSA: «El delito informático», cit., pág. 69; GONZÁLEZ RUS: «Aproximación al...», cit., págs. 109 y 110 TIEDEMANN: «Poder económico y...», cit., pág. 123 y ss. ROMEO CASABONA: «Poder informático...», cit., pág. 35; GUTIÉRREZ FRANCÉS: «Fraude informático...», cit., págs. 78 y 79; o ALASTUEY DOBON: «Apuntes sobre la perspectiva...», cit., pág. 459.

⁶⁵ DAVARA RODRÍGUEZ: «Manual de...», cit., págs. 299 y 300.

⁶⁶ Así GUTIÉRREZ FRANCÉS: «Fraude informático...», cit., pág. 79; ROMEO CASABONA: «Poder informático...», cit., pág. 35; siguiendo a los anteriores ALASTUEY DOBON: «Apuntes sobre la perspectiva...», cit., pág. 459; y DAVARA RODRÍGUEZ: «Manual de...», cit., pág. 300.

Pero tales dificultades podemos ya observarlas a tenor de las propias peculiaridades del objeto del delito informático: la información y los datos informáticos. Como ya sostenía en sus primeros trabajos SIEBER⁶⁷, si bien unas iniciales *dificultades de averiguación* pudieran apreciarse no tanto en base al propio ordenador o sistema informático, sino a raíz del elevado número de procesos individuales ejecutados, que complica ampliamente la detección de alteraciones o actos ilícitos, lo cual no obstante se ve atemperado por el hecho que el ordenador permite que el sistema de cálculo y revisión sea más transparente y seguro, ofreciendo además la posibilidad de pasar de comprobaciones individuales a comprobaciones sistemáticas y a comprobaciones del sistema, en realidad, las *dificultades de averiguación y comprobación* caracterizadoras de los delitos informáticos, como ha venido sosteniendo la mayoría de los clásicos autores sobre la materia alemanes y norteamericanos⁶⁸, vienen referidas a los propios datos contenidos en el sistema informático en cuanto que éstos no son visibles y están cifrados, siendo en referencia a los primeros y en las manipulaciones de programas donde radican las mayores dificultades de averiguación, ya que la completa comprobación de un programa ajeno y la búsqueda de rutinas ilícitas que puedan hallarse escondidas en él, requiere un enorme esfuerzo y trabajo, no siendo en muchas ocasiones viable económicamente.

La sencilla falta de visualización de los datos almacenados electromagnéticamente ya dificulta de forma considerable la averiguación de las manipulaciones, pues cualquiera que quisiera comprobarlos y revisarlos, no puede hacerlo directamente sobre los datos que le interesan, sino que siempre debe acudir a los términos del ordenador y a las comunicaciones a través de la pantalla, que, además, pueden ha-

⁶⁷ SIEBER: «Criminalidad informática...», cit., pág. 32.

⁶⁸ Así citados por SIEBER, ult. *op. cit.*, pág. 33; PAUL, «Computerkriminalität», *Kriminalistik*, 1980, págs. 410 y ss., y 535 y ss.; PELTU, «The Rise and Rise of Computer Crime», *International Management*, julio, 1979, pág. 46; RENGIER, «Praktische Fragen bei Durchsuchungen insbes in Wirtschaftsstrafsachen», *NStZ*, 1981, págs. 373 y ss.; él mismo en «Computerkriminalität...», cit., págs. 146 y ss.; o WHITESIDE, «Computer Capers», 1978, págs. 59 y ss.

ber sido objeto asimismo de manipulación. Este problema ha sido denominado por la criminología americana como «Secondhand»⁶⁹.

Pero además la evolución y los avances de las modernas redes informáticas y de telecomunicaciones han desarrollado algunas características específicas que dificultan mucho más la averiguación y comprobación de los comportamientos delictivos, lo cual, por otro lado, es especialmente aprovechado por los delincuentes. Así, por un lado, la progresiva posibilidad de una mayor encriptación, codificación u ocultación de datos en los sistemas informáticos y de comunicación, pues el actual software ordinario que se ofrece y suministra a cualquier particular con su equipo informático no es hábil solamente para codificar datos sino también para esconderlos, por ejemplo mediante dibujos (steganografía), haciendo consecuentemente mucho más difícil para los cuerpos policiales, jueces, fiscales, e investigadores en general, en caso de la comisión de delitos, el control del almacenamiento de datos y de la transferencia de los mismos. Y por otro lado, la existencia de «remisores de correo» anónimos en las redes informáticas internacionales, o los medios o aparatos de libre acceso a proveedores del servicio de Internet, o incluso las más recientes posibilidades de incorporación del sistema de acceso a tal vía en los propios teléfonos móviles⁷⁰, que potencian la peculiaridad del anonimato de sus titulares, y del autor en caso de la comisión de un delito. Todo ello precisamente es lo que ha hecho que el delito informático e Internet sean especialmente atractivos para grupos del crimen organizado.

En este ámbito característico, sin embargo, *las medidas de reacción penal no aparecen como preeminentes*, sino otro tipo de medidas, fundamentalmente de autorregulación, de prevención y de seguridad, de tipo ad-

⁶⁹ Y en tales términos, SIEBER, ult. *op. cit.*, pág. 33, indica a modo de ilustración de esta problemática «el informe del director de un centro de cálculo, que hace algún tiempo mostró cómo un colega suyo hizo desaparecer, antes de la comprobación tributaria, los datos almacenados referentes a operaciones críticas y de esta forma evitó su comprobación».

⁷⁰ Novedades precisamente aparecidas para el público en general en el Salón Internacional de Informática de Barcelona, «SIMO 99», celebrada en noviembre de 1999 en el Palacio de Ferias y Congresos de dicha ciudad.

ministrativo o de tipo procesal. Así, se ha sostenido desde varios sectores la necesidad de una especialización en la materia y de formación de profesionales (revisores, auditores, funcionarios policiales y fiscales encargados de la averiguación y persecución del delito, entre otros), principalmente para reducir el tiempo de búsqueda de la información⁷¹, así como de fiscales, jueces, magistrados y abogados al objeto de lograr una comprensión y enjuiciamiento legal adecuado de los diversos supuestos de manifestación delictiva de la criminalidad informática, así como una suficiente validez, aptitud y alcance probatorio de los diversos medios, elementos y técnicas vinculados con los sistemas informáticos y de telecomunicación.

Y tales dificultades de averiguación y comprobación son parejas, además, a la propia evolución y progreso de las nuevas tecnologías de la información y de la telecomunicación, lo que hace que nuevas formas de manifestación de la criminalidad informática adopten ya nuevas precauciones y medidas para, por un lado obstaculizar, si no evitar, su descubrimiento, y, por otro lado, imposibilitar o dificultar su sanción penal, o al menos lograr una levedad punitiva, aprovechándose de las lagunas o resquicios de las figuras y tipos penales existentes o elaborados para reaccionar contra ellas, a tenor de una configuración tipológica excesivamente restrictiva y concreta, cuya única solución, aunque reconozco que parcial, pasa por la *elaboración de tipos penales amplios, con utilización de conceptos jurídicos indeterminados, o mediante la técnica de leyes penales en blanco*, que puedan abarcar con generosidad las nuevas variantes ilícitas que surjan de tal evolución tecnológica, pero con ponderación y proporcionalidad, sin que llegue a quebrantarse el principio de legalidad ni el de seguridad jurídica, y en evitación de continuas reformas o adaptaciones legislativas, que pueden, por lo demás, comportar la consecuente problemática respecto a la aplicación retroactiva de disposiciones extrapenales modificadas en cuanto pudieran ser más beneficiosas para el reo⁷².

⁷¹ Así SIEBER: *ult. op. cit.*, pág. 33, y en «Legal Aspects...», *cit.*, pág. 60; o DAVARA RODRÍGUEZ: «Manual de...», *cit.*, pág. 300.

⁷² En este sentido SILVA SÁNCHEZ, J.M.: «Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: El caso de las Leyes en blanco», en «Hacia

Ahora bien, estrechamente vinculada con esta característica de la dificultad de averiguación y comprobación delictual, y en parte también motivadora de la misma, se encuentra el carácter transnacional o transfronterizo del delito informático, sobre el cual, no obstante, entraremos posteriormente a analizar individualmente, pero por el que se propugna por la doctrina, cada vez con mayor fuerza, y en relación a ambas cuestiones peculiares, una mayor cooperación y coordinación internacional en el ámbito judicial y legal, y concretamente en las áreas del Derecho Penal y del Derecho Procesal, y que poco a poco va teniendo mayor eco en las autoridades gubernamentales⁷³, pues, como afirma SIEBER⁷⁴, «mientras haya países que no cooperen, quien desee obstaculizar el alzamiento de su anonimato, sólo tiene que disponer el encauzamiento de su comunicación a través de uno de estos países». Y en el concreto ámbito del Derecho penal, se ha propugnado la *cooperación y coordinación en una uniformidad legal internacional*, esto es el establecimiento de unos criterios básicos similares en la tipificación y punición de conductas informáticas ilícitas de carácter grave, y que lleven a la elaboración de tipos delictivos globales comunes sancionados en todos los estados⁷⁵ para evitar la creación de «paraísos del delito informático».

III.4.4. ALTO VOLUMEN DE CIFRA NEGRA

En gran parte consecuencia de la anterior característica se desprende de una elevada cifra de comportamientos informáticos delictivos que no salen a la luz, la llamada *cifra negra u oscura*, aunque, como ya soste-

un Derecho Penal Económico Europeo» (Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann celebradas en la Universidad Autónoma de Madrid, del 14 al 17 de octubre de 1992), Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pág. 715.

⁷³ Así en la reciente conferencia de Presidentes de Estado y de Gobierno de los países de la Unión Europea, de octubre de 1999, sobre cooperación policial y judicial supranacional en el marco de la U.E..

⁷⁴ SIEBER: «Legal Aspects of...», cit., pág. 60.

⁷⁵ Ver los esfuerzos de unificación y uniformidad legislativa penal de los organismos supranacionales en el Capítulo V ut infra.

nía SIEBER⁷⁶, con métodos científicamente seguros no se puede hacer ninguna afirmación absoluta sobre cuál es el verdadero volumen de la criminalidad informática, sino tan sólo con meras estimaciones fundadas en la experiencia, pues en la inmensa mayoría de países el tratamiento de la delincuencia informática ha sido ubicado sustantiva y estadísticamente, y lo sigue siendo aunque de forma cada vez menor⁷⁷, entre los ámbitos de delincuencia tradicional (como la económica o contra la intimidad). Incluso ROMEO CASABONA⁷⁸ ya advertía que los estudios criminológicos al respecto no eran lo suficientemente rigurosos, siendo difícil el cuantificar dicha zona oscura; y TIEDEMANN⁷⁹ ponía de manifiesto la imposibilidad de realizar un cálculo siquiera aproximado de la cifra negra en este ámbito.

No obstante, con la mejora y avances en las técnicas de investigación, lo cierto es que en base a los estudios empíricos más recientes efectuados a nivel internacional⁸⁰, se reafirman las tres clásicas apreciaciones de que el número de los delitos informáticos comprobables no es excesivamente alto, ello no obstante el número de los casos que verdaderamente tienen lugar no es ni mucho menos escaso, y ello debido a que *la cifra oscura* en el ámbito de la criminalidad informática es efectivamente excepcionalmente alta.

Ya en su día BECKER⁸¹ recogía el parecer del Jefe del National Center for Computer Crime Data norteamericano que, apelando a fuentes del FBI, estimaba que sólo se descubría el 1% de todos los delitos informáticos, que de éstos sólo cerca del 14% se ponían en conocimiento

⁷⁶ SIEBER: «Criminalidad informática...», cit., pág. 32.

⁷⁷ Claro ejemplo de ello se muestra en los diferentes artículos contenidos en la obra de SIEBER «Information Technology...», cit., y recogidos asimismo por la A.I.D.P. en su vol. 64, 1-2, de la «International Review of...», cit.

⁷⁸ ROMEO CASABONA: «Poder informático...», cit., pág. 36.

⁷⁹ TIEDEMANN: «Poder económico...», cit., pág. 123.

⁸⁰ Sirva en tal sentido, por representativo y más reciente, el trabajo de SIEBER para la Unión Europea «Legal Aspects...», cit.

⁸¹ BECKER: «The Investigation of Computer Crime», U.S. Department of Justice, Law Assistance Administration, Whashington, 1980, págs. 6 y 43.

de las autoridades gubernativas o policiales encargadas de su comprobación y persecución, y que de ellos sólo alrededor de un 3% de los casos era sancionado con una condena de pena privativa de libertad. Apreciación que para SIEBER⁸² es exagerada, si bien reconoce que el volumen de la criminalidad informática debe ser estimado como considerable. Nuestra doctrina también se ha puesto de relieve esta característica, y así GUTIÉRREZ FRANCÉS⁸³ señala significativamente que, incluso en los países en que se han detectado un mayor número de casos, éstos sólo representan «la punta del iceberg».

Actualmente esta consideración del elevado volumen de la cifra negra podemos fundamentarla en las siguientes causas:

1.- El hecho de que debido a las ya expuestas *dificultades de averiguación y de comprobación* específicas del almacenamiento, procesamiento y transferencia de datos, sólo se descubren una pequeña parte de los delitos informáticos. A ello hay que sumar las deficiencias en materia de seguridad e inexistencia de medios adecuados de detección y control de los hechos⁸⁴, y falta de una formación especializada de los implicados por el fenómeno, y que se ha fundamentado en que un sistema complejo de control no resultaría beneficioso a las empresas que precisamente buscaron rentabilidad económica y ahorro de tiempo con la instalación de equipos informáticos⁸⁵.

2.- Estrechamente vinculada con la causa anterior, *el desconocimiento e ignorancia del sujeto pasivo o víctima* de ser o haber sido objeto de un ataque informático. Ya TIEDEMANN⁸⁶, en referencia a Alemania, señalaba que, en la mayoría de los procesos penales, el descubrimiento de los hechos se produjo por pura casualidad. Y en similares términos se han

⁸² SIEBER: «Criminalidad...», cit., pág. 32, que recoge que el cálculo consecuente «que de 22.000 autores sólo uno debería cumplir una pena privativa de libertad».

⁸³ GUTIÉRREZ FRANCÉS: «Fraude informático...», cit., pág. 72.

⁸⁴ CAMACHO LOSA: «El delito informático», cit., pág. 70, hacía referencia a la casi total ausencia de medidas de seguridad en las instalaciones informáticas de la mayoría de empresas.

⁸⁵ Así ROMEO CASABONA: «Poder informático», cit., pág. 38.

⁸⁶ TIEDEMANN: «Poder económico...», cit., pág. 123.

venido pronunciando en nuestra doctrina, entre otros, CAMACHO LOSA⁸⁷, GÓMEZ PERAL⁸⁸, ALASTUEY DOBON⁸⁹, y GUTIÉRREZ FRANCÉS⁹⁰.

3.- Muchos delitos descubiertos *no se denuncian y simplemente se resuelven internamente* en la empresa, especialmente por el temor ante las repercusiones que podrían ocasionar a la fama empresarial, o bien con el fin de aligerar la reparación del daño. En tal sentido SIEBER⁹¹ afirma que muchas empresas están tan preocupadas por el posible daño a su reputación y la pérdida de la confianza de inversores y clientes, que prefieren facilitar la compensación por el daño sufrido a los mismos y no hacer públicos los delitos informáticos. La rentabilidad de una solución privada ha sido ya expuesta por la doctrina, y así TIEDEMANN⁹², ROMEO CASABONA⁹³, o RUIZ VADILLO⁹⁴, han recogido la apreciación que de imponerse una pena privativa de libertad al autor del hecho, éste dejaría de trabajar y de percibir una remuneración, con lo que disminuiría considerablemente la posibilidad de aquél de reparar el daño causado.

En España se ha venido confirmando en la última década, como ya sostenía en su día ROMEO CASABONA⁹⁵, que efectivamente al igual que en el resto del mundo, sólo unos pocos casos salen a la luz pública, los más espectaculares⁹⁶; mientras que de algunos más se tiene conocimien-

⁸⁷ CAMACHO LOSA: «El delito informático», cit., pág. 70, apuntando que probablemente los casos conocidos hubieran quedado en el anonimato de no ser por la casualidad.

⁸⁸ GÓMEZ PERAL: «Los delitos informáticos...», cit., pág. 483, afirmando que los delitos son descubiertos generalmente por denuncias anónimas o simple casualidad.

⁸⁹ ALASTUEY DOBON: «Apuntes sobre la perspectiva...», cit., pág. 457.

⁹⁰ GUTIÉRREZ FRANCÉS: «Fraude informático y...», cit., pág. 80.

⁹¹ SIEBER: «Legal Aspects...», cit., pág. 21.

⁹² TIEDEMANN: «Poder económico...», cit., pág. 123.

⁹³ ROMEO CASABONA: «Poder informático...», cit., pág. 39.

⁹⁴ RUIZ VADILLO: «Tratamiento de la delincuencia...», cit., pág. 57.

⁹⁵ ROMEO CASABONA: «Poder informático...», cit., pág. 37.

⁹⁶ Como el supuesto descubierto en marzo de 1997 por la Unidad Central Operativa (UCO) de la Guardia Civil en referencia a las manipulaciones informáticas llevadas a cabo por estudiantes de la Universidad Rovira i Virgili, de Tarragona; ver Subsección III.4.5. ut infra.

to a través de la investigación y análisis jurisprudencial⁹⁷, e incluso de algunos otros que no han llegado a ser enjuiciados, a través de los informes de las actuaciones de las Unidades especializadas de la Policía Nacional o de la Guardia Civil⁹⁸.

Y es plenamente cierto, sobre todo en el ámbito bancario, el temor empresarial, en caso de dar cuenta del padecimiento de ataques a sus sistemas informáticos, a una pérdida de la confianza del cliente, que surgiría del hecho de comprobar que carece la entidad de las medidas de seguridad adecuadas. Ya CAMACHO LOSA⁹⁹ se refería al «muro de silencio que rodea todo lo relacionado con el delito informático» y mencionaba como «honrosa excepción» al Banco Popular Español que «acostumbra a incluir en sus memorias algunos de estos casos, comentando las circunstancias que rodearon el hecho y las consecuencias del mismo». Además, como sostenía GUTIÉRREZ FRANCÉS¹⁰⁰, en nuestra sociedad en general y no sólo en referencia a la delincuencia informática, la víctima desconfía de que los tribunales puedan solucionar sus problemas.

CAMACHO LOSA¹⁰¹ añadía también entre las causas que influían en el hecho de que los autores de un delito informático no fueran denunciados, la falta de una legislación adecuada al respecto, pero tal apreciación no es tan exacta en la actualidad a raíz de las nuevas previsiones penales recogidas en el Código Penal de 1995, que aunque no exentas de crítica sí han actualizado, aclarado y permitido una reacción penal a tales comportamientos delictivos. Por ello, hoy en día podemos afirmar que la denuncia por parte de las entidades bancarias y otras empresas de casos de delitos informáticos ha aumentado, sobre todo a raíz de la contundente respuesta jurisprudencial con la que se ha reaccionado en algunos supuestos de ilícitos informáticos¹⁰².

⁹⁷ Como se recoge en esta tesis en la Subsección VII.1. y en el Capítulo IX, ut infra.

⁹⁸ Como el supuesto de emisión y conexión por Internet por unos jóvenes de una localidad catalana de material de contenido pornográfico infantil en 1998.

⁹⁹ CAMACHO LOSA: «El delito informático», cit., pág. 69.

¹⁰⁰ GUTIÉRREZ FRANCÉS: «Fraude informático...», cit., pág. 72.

¹⁰¹ CAMACHO LOSA: «El delito informático...», cit., pág. 70.

¹⁰² Sirva por ejemplo el criterio jurisprudencial seguido hasta la fecha de considerar las manipulaciones en cajeros automáticos para la obtención de dinero en efectivo

4.- Y por último, normalmente los casos denunciados de criminalidad informática se encuentran *emboscados entre casos de delitos tradicionales* (como la estafa, el robo, contra la propiedad intelectual, daños,...), ya que el concepto criminológico de criminalidad informática no aparece como tal en las estadísticas de las correspondientes Fiscalías Generales o Administraciones de Justicia de cada país¹⁰³, ni muchas veces en las de los cuerpos y fuerzas policiales o de investigación criminal. Como sucede en España, donde a pesar de existir dos Grupos o Unidades especializadas en delincuencia informática en los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado¹⁰⁴, y existir estudios de proyectos no ofi-

mediante el uso de tarjetas magnéticas falsas o sustraídas, como supuestos de delitos de robo con fuerza en las cosas, que con independencia de la consideración de tal subsunción normativa como adecuada o no, lo cierto es que en España ha supuesto un éxito, desde el punto de vista político criminal, para la prevención, persecución y sanción de tales comportamientos, a raíz por un lado del efectivo aumento del volumen de denuncias presentadas, casos enjuiciados y condenas recaídas, y una práctica aminoración no tan sólo de la cifra negra, sino incluso de una progresión cuantitativa de estos comportamientos.

¹⁰³ Así podemos comprobarlo en España en los cuadros estadísticos anexos de las Memorias anuales de la Fiscalía General del Estado; así en la correspondiente a 1998, en el «Estado B» se siguen distribuyendo los diferentes apartados estadísticos por delitos en base a los diversos títulos y capítulos del Código Penal; así supuestos propiamente informáticos como los llamados por la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 18.02.99) «de habeas data» o «contra la libertad informática» del art. 197.2, se encuentran integrados sin distinción alguna en las cifras correspondientes a las Diligencias Previas incoadas por delitos del Título X, «delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», apartado 1 «Descubrimiento de secretos», que arrojó una cifra total de 51; y los correspondientes a las manipulaciones informáticas en cajeros automáticos o sistemas informáticos, bien por el art. 238.4.º, bien por el art. 248.2, en el Título XIII, «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico», en los apartados 2, «Robo con fuerza», y 8, «Estafa», respectivamente, con cifras globales de 655.846 casos, el primero, y 30.479 casos, el segundo (*FISCALIA GENERAL DEL ESTADO: Memoria correspondiente a 1998, presentada al inicio del año judicial de 1999/2000, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, págs. anexas*).

¹⁰⁴ Ambas con sede en Madrid; una, la Unidad Central de Delincuencia Informática del Cuerpo Nacional de Policía, formalmente constituida en 1995, y otra, el Grupo

ciales de creación en las Policías Autonómicas ¹⁰⁵, hasta 1999 ninguna de ellas ha elaborado una estadística completa y autónoma en su campo, sino integrando sus actuaciones en otras Unidades, normalmente de la Policía Judicial, y con otras especializadas en relación a diversos campos de ataques a bienes jurídicos tradicionales (crimen organizado, grupo fiscal, delincuencia económica, etc...).

En el ámbito internacional existen grupos específicos y especializados en delitos informáticos. Así desde 1.984 en el Reino Unido de la Gran Bretaña apareció la «Computer Crime Unit» del New Scotland Yard. En EE.UU. comienza el F.B.I. con una unidad especializada en 1.992, y actualmente cuenta con tres grandes unidades en este campo ubicadas en San Francisco, Washinton y Nueva York, coordinadas por el C.I.T.A.C., creado en 1.996.

Por lo demás hay que recordar que las tradicionales estadísticas sobre el delito informático y sus aspectos cuantitativos aludidas en las investigaciones, elaboradas principalmente en los años 70 y 80 en otros países por criminólogos, y autoridades policiales, eran de carácter genérico pero parcial, pues venían referidas al fenómeno del delito informático por aquel entonces analizado en base a patrones homogéneos de casos de defraudaciones, sabotajes y espionajes informáticos, esto es en el ámbito económico patrimonial. Aún y así, en ellas resultaban verificados un pequeño número de casos de delitos informáticos. No es hasta más tarde, a mediados de la década de los ochenta, cuando ante los elevados riesgos de la piratería informática, de manipulaciones en cajeros automáticos y de acceso ilegal (hacking), tales estadísticas han perdido ya relevancia formal e incluso han sido abandonadas en algunos estados.

de Delincuencia Informática de la Unidad Central Operativa de la Policía Judicial de la Guardia Civil, si bien únicamente de facto pues a pesar de haber estado funcionando dentro del Grupo de Delincuencia Económica desde 1.990, y teniendo desde 1996 una especialización y específica dedicación al ámbito informático, todavía no tiene un reconocimiento y estructura orgánica legal formal dentro de la UCO y del Cuerpo, a pesar de haberse presentado incluso un proyecto orgánico interno, que me fue facilitado por responsables de dicho grupo.

¹⁰⁵ Concretamente en la Ertzanza del País Vasco y en los Mozos d'Esquadra de Catalunya.

Sólo ha sido a partir de la concienciación de la administración pública, la judicatura, y el legislador, de la especificidad del delito informático, cuando ha tenido lugar la elaboración de estadísticas basadas, aunque sea de modo parcial, en estos nuevos parámetros, y de las que se pueden obtener datos cuantitativos referidos a las diferentes figuras delictivas informáticas. Y ello ha sucedido en varios países como Alemania, Japón u Holanda, en cuyas estadísticas policiales se reflejan con cierta claridad y sustantividad propia los delitos informáticos ¹⁰⁶.

III.4.5. CRECIENTE FRECUENCIA, DIVERSIDAD Y PELIGROSIDAD

El conjunto de las características tradicionales anteriormente expuestas ha supuesto y supone un progresivo y creciente volumen, desarrollo y variedad de las manifestaciones de la criminalidad informática, como asimismo anteriormente hemos expuesto en apartados anteriores. Pero es que la continua evolución de las nuevas técnicas, la aparición en el mercado de modems y terminales económicos y asequibles para cualquiera, «snifers» ¹⁰⁷, aparatos de telefonía móvil con prestaciones

¹⁰⁶ Así la Polizeiliche kriminalstatistik de 1996, la estadística contenida en el «Documento Blanco sobre la Policía» elaborado por la Agencia Nacional de Policía Japonesa en 1996, págs. 68 y siguientes, o el Informe Anual 1989-1991 del CRI holandés («Erahatie Pilotproject Computercriminaliteit», Centrale Recherche Informatiedienst, La Haya, 1992.

¹⁰⁷ El «sniffer» (como recoge DEL MORAL TORRES, A.: «Dificultades en la investigación de los denominados delitos informáticos», extracto del cual fue publicado bajo el título «La investigación de delitos informáticos» en la Revista «Guardia Civil», núm. 644, Diciembre de 1997, págs. 30 a 32), o rastreador «es un programa informático normalmente escrito en lenguaje de programación «C» que circula libremente en determinados foros de debate o «news» en INTERNET por lo que puede ser copiado al ordenador personal de cualquier usuario. Este programa está diseñado para ser ejecutado en una red informática y rastrear todas las transacciones que viajan por la red para volcarlas finalmente a un fichero de salida. Entre dichas transacciones pueden encontrarse palabras de paso de acceso a proveedores o números de tarjetas de crédito utilizadas para realizar operaciones bancarias que una vez contenidas en el fichero de salida pueden ser utilizadas de forma fraudulenta por el ejecutor del Sniffer», radicando su problemática en «la imposibilidad material de controlar la libre circulación a través de INTERNET de este «rasterador» así como de otros programas que pueden ser utilizados para dañar ordenadores, o manipular su información».

informáticas y telemáticas, o en los nuevos servicios a través de las vías de comunicación como Internet¹⁰⁸, han confirmado las perspectivas amenazadoras de ampliación de las posibilidades de la criminalidad informática a través del teleproceso y una adaptación acelerada del delito a la tecnología de la información. Es ya una realidad el que la tecnología informática y de telecomunicación se ha extendido cerca de todas las áreas de la vida, haciéndose posibles nuevos delitos informáticos, mayor volumen de los mismos, y la afectación de más y más áreas de la sociedad.

Así son recientes y claros ejemplos de diversidad, extensión del delito informático a áreas no meramente patrimoniales y frecuencia del mismo, a mediados de los noventa el caso norteamericano «Iran-Contra», con la implicación del Teniente Coronel Oliver North en la obtención por persona no autorizada, de ficheros con información sensible, lógicamente eliminados, pero no físicamente, de un sistema informático; o el caso argentino «Ardita», en 1994, con la interceptación de líneas de datos y captura de emanaciones electrónicas de ordenadores e impresoras, el uso no autorizado de palabras de paso para acceder a ordenadores de otras personas, y el uso de Scanners informáticos (Demon Dialers Programs) que permiten generar multitud de llamadas a ordenadores hasta encontrar uno con bajo nivel de seguridad que permita el acceso no autorizado.

E incluso se percibe el favorecimiento en la comisión de ilícitos comunes, como el blanqueo de capitales procedente de actividades ilegales, como el tráfico de drogas o de armas, al ser posible adquirir a través de INTERNET, en páginas WEB de proveedores ubicados en paraísos fiscales como Gibraltar o las Islas Caimán, casas, terrenos, o em-

¹⁰⁸ Así aprovechando la existencia de páginas WEB en INTERNET que ofrecen la posibilidad de adquisición de bienes y servicios (un libro, una entrada de cine o teatro, un billete de avión, la compra de un electrodoméstico, un coche o incluso una vivienda) mediante la consignación de datos específicos de medios de pago (normalmente tarjetas de crédito), se hacen circular libremente por la red programas informáticos que generan números aleatorios de tarjetas de crédito y que son chequeados en estas páginas WEB hasta que se produce la coincidencia con algún número real, y entonces se realiza una adquisición con cargo al tercero titular de la tarjeta.

presas, para cuya compra, en algunos casos avalados por bancos existentes en dichos paraísos fiscales, basta una simple transferencia bancaria a través de la red, pudiendo ser, en tanto exista la correcta y real transferencia, los datos introducidos en la página por el comprador totalmente falsos, y no importando tampoco el origen del dinero.

Y dentro del área económica hay nuevas y claras posibilidades y ejemplos de actividades fraudulentas, como el caso que afectó en EE.UU. al CITIBANK en 1994, investigado por FBI, en el que se usaron rastreadores para obtener números de tarjetas de crédito que circulaban por una red informática y poder realizar transacciones en Entidades Bancarias que daban acceso a sus clientes a través de INTERNET.

Significativo en España es el caso investigado por el Grupo de delincuencia informática de la Guardia Civil en marzo de 1997, y expuesto por el entonces jefe de dicho Grupo, DEL MORAL TORRES¹⁰⁹ en el que dos estudiantes de informática de la Universidad Rovira i Virgili de Tarragona realizaron varios accesos simultáneos no autorizados a ordenadores de diferentes universidades, para no dejar rastro, y finalmente acceder a un ordenador gestor del Registro Mercantil de Tarragona. Para ello instalaron en un ordenador un «sniffer» o rastreador que permitía sustraer palabras de paso de otras personas cuya personalidad suplantaban posteriormente. Según dicho autor, la principal dificultad fue seguir el rastro de la continuidad en la secuencia de horas en las diferentes conexiones entre ordenadores y demostrar la presencia de los inculcados delante del ordenador desde donde se producía el ataque en un momento determinado.

En consecuencia, como en similares términos sostiene SIEBER¹¹⁰ *el delito informático se ha hecho más frecuente, más diverso y, consecuentemente más peligroso*, requiriendo, entre otras medidas en materia de seguridad de los sistemas informáticos y de prevención de los abusos e ilícitos informáticos, el desarrollo de una normativa legal penal adecuada en reacción a tales ilícitos. Entiendo que a tal desarrollo se llega a través

¹⁰⁹ DEL MORAL TORRES: «Dificultades en la investigación...», cit., pág. 31.

¹¹⁰ SIEBER: «Legal Aspects...», cit., pág. 58.

de la configuración de figuras delictivas que tengan la suficiente *amplitud en la redacción de sus elementos típicos* para que puedan comprender estas características de frecuencia y progresiva y continua diversificación.

III.4.6. DISTANCIAMIENTO TEMPORAL Y ANULACIÓN ESPACIAL

Desde hace tiempo algunos autores, como TIEDEMANN¹¹¹, GUTIÉRREZ FRANCÉS¹¹², o ALASTUEY DOBON¹¹³ han venido exponiendo, por un lado, la significación de un alto grado de posibilidad de separación temporal entre la comisión de la inicial acción ilícita por el sujeto activo y su materialización final con la obtención del resultado o los efectos perjudiciales o lesivos de la misma, si bien lo han venido integrando en la característica ya expuesta del automatismo del sistema o del «efecto continuado»; y por otro lado, la característica del distanciamiento espacial, esto es, el que el sujeto se encuentre físicamente distante del lugar donde se materializan los efectos de su comportamiento ilícito, si bien precisamente analizándolo como una de las dificultades en la averiguación y comprobación del hecho y de su autor¹¹⁴, todo ello en una configuración de los ilícitos informáticos bajo la conceptualización y formulación clásica de los delitos de resultado atentatorios a bienes jurídicos tradicionales.

Mas actualmente esta caracterización espacio/temporal de los ilícitos informáticos viene fundamentada en las propias facilidades que el tratamiento, almacenamiento, procesamiento y transferencia de la información y de los datos de los actuales sistemas informáticos y de comunicaciones llevan consigo, por un lado, de una creciente rapidez y velocidad en su realización conjuntamente a la posibilidad de interrupción, paralización o suspensión temporal en la realización completa de la acción ilícita, así como, por otro lado, en la anulación fáctica, que no desaparece físicamente, de distanciamiento espacial entre el sujeto que realiza

¹¹¹ TIEDEMANN: «Poder económico...», cit., pág. 123.

¹¹² GUTIÉRREZ FRANCÉS: «Fraude Informático...», cit., pág. 79.

¹¹³ ALASTUEY DOBON: «Apuntes sobre...», cit., pág. 459.

¹¹⁴ Así DAVARA RODRÍGUEZ: «Manual de...», cit., pág. 299, aunque lo refiere como «rapidez y acercamiento, en tiempo y espacio, de su comisión».

la acción y el lugar donde ésta materializa su ejecución y puede constatar su realización, y no sólo en referencia a sus efectos, sino incluso en la formación de lo que se ha venido a llamar ciberespacio, ya visto con anterioridad.

Estas peculiaridades dan lugar a una eliminación, o el que se deban tener en mínima consideración, los requisitos y principios espacio/temporales propios en la formulación dogmática de las tradicionales figuras del derecho penal, y suponen una quiebra y anulación de las reglas clásicas en materia de grados de ejecución y de las reglas competenciales procesales, pues no sólo el resultado, sino la materialización de la ejecución de la acción puede completarse infinitamente después en el tiempo, así como en un lugar o lugares distintos, lejanos físicamente de aquél en donde se encontraba el autor, o incluso en un plano espacial virtual o irreal, lo que va a configurar otra característica más acentuada, y que veremos a continuación, de la transnacionalidad del delito informático, o, lo que es lo mismo, su carácter transfronterizo.

Y concretamente el distanciamiento temporal, en los términos ahora recogidos, da lugar a una frecuente imposibilidad material de determinar con exactitud el concreto momento de la consumación delictual efectiva al haber finalizado la acción por parte del sujeto activo sin que haya habido una efectiva materialización de resultado alguno, y quedando consecuentemente sin afectar de facto el bien jurídico tradicional que pudiera ser asimismo objeto de protección conjunta.

Entiendo que para poder solventar tales cuestiones espacio/temporales se hace preciso, por un lado, una coordinación legal internacional o supranacional en la formulación de las figuras delictivas, extremo sobre el cual insistiré posteriormente, y, por otro lado, el que lo sean sin formas imperfectas de ejecución, y en las que la consumación delictual no dependa de la producción del concreto resultado lesivo o perjudicial de bienes jurídicos tradicionales (patrimonio, intimidad personal,...), bastando con la realización de la acción con dichas finalidades o elementos tendenciales o subjetivos, en cuanto exista ya una afectación de los nuevos bienes jurídicos objeto de protección (información, datos, seguridad y fiabilidad del contenido de los sistemas informáticos y telemáticos).

Todo ello en unión del hecho de que no aparece aconsejable el que la acción de acceso con introducción, alteración o supresión, no activa-

das sino latentes, no sólo en cuanto a la producción de perjuicios, daños, o lesiones a terceros, sino también de la información, los datos, el programa o la interferencia del sistema informático o de telecomunicación, tenga asignada una inferior punición, y sea únicamente sancionada a título de tentativa, equiparándola al acto de mero acceso con tales finalidades, o al acceso ilegal o no autorizado (hacking), ambos casos, por supuesto, de menor entidad y gravedad objetiva, que incluso pudieran llevar a la consideración de su no sanción penal, justifica con mayor peso la *formulación de tipos pluriosensivos sin formas imperfectas de ejecución, y la creación de tipos de riesgo abstracto en perjuicio de figuras delictivas de resultado*, sancionándose sólo modalidades consumadas: basta la acción de afectación de la información, datos o funciones específicas (almacenamiento, procesamiento y transferencia) del sistema informático, sin necesidad de un concreto resultado lesivo (personal, patrimonial,...), que lo más servirá bien para conformar modalidades o subtipos agravados, bien para establecer la cuantía de las responsabilidades civiles derivadas del delito.

III.4.7. TRANSFRONTERIZO

Ya TIEDEMANN¹¹⁵, y más recientemente GÓMEZ PERALS¹¹⁶ y CHOCLAN MONTALVO¹¹⁷ en la consideración del delito informático desde un punto de vista estrictamente penal económico, o MORÓN LERMA¹¹⁸ al analizar la criminalidad informática en Internet y en el espacio cibernético, han sostenido que, con frecuencia, se presenta con el carácter de delito transfronterizo, como, por ejemplo también, el delito de blanqueo de dinero, favoreciendo la mayoría de las veces la ineficacia de los mecanismos de persecución nacionales. Es decir, como consecuencia de la posibilidad de distanciamiento espacial, y en virtud de las redes informáticas internacionales, el alejamiento entre el lugar donde se en-

¹¹⁵ TIEDEMANN, K.: «Multinationale Unternehmen und Strafrecht», 1980.

¹¹⁶ GÓMEZ PERALS: «Los delitos informáticos...», cit., pág. 484.

¹¹⁷ CHOCLAN MONTALVO: «Estafa por...», cit., pág. 1070, siguiendo a los anteriores.

¹¹⁸ MORÓN LERMA: «Internet y Derecho Penal...», cit., pág. 75.

cuentra el autor de la acción, o donde ésta se realiza, y la del lugar donde va a producir sus efectos o consecuencias, aparece la superación de las barreras nacionales.

Pero es que además, como ha puesto recientemente de manifiesto SIEBER¹¹⁹, las peculiaridades propias del procesamiento de datos, y principalmente su progresiva y permanente miniaturización de sus componentes físicos, está convergiendo con las telecomunicaciones, de tal manera que se va apreciando que los delitos informáticos son cometidos cada vez más por vía de las redes de telecomunicación internacionales, y en todos los ámbitos, desarrollándose nuevos supuestos de comisión de ilícitos, como el abuso telefónico, ilícitos en las comunicaciones, o manipulaciones y emisión de contenidos ilegales vía Internet, con lo que *el delito informático se ha hecho más móvil y más internacional*.

Claro ejemplo de ello es el ámbito de la difusión o distribución de contenidos ilegales o ilícitos a través de Internet, y en sus «foros de debate». Así SIEBER¹²⁰ recoge el problema que se plantea cuando las imágenes presentadas en esos foros de debate son imágenes reales de menores de edad en las cuales puede detectarse prácticas sexuales abusivas e ilegales, o incluso se ofrecen contactos con esos menores para lo cual es preciso abonar cierta cantidad de dinero y ponerse en contacto con el pedrasta o pedófilo a través de una dirección de correo electrónico, problema que se acrecienta precisamente por la transnacionalidad de la comisión del hecho, que sucede cuando, por ejemplo, el presunto pedófilo en España «coloca» para comercializarlas las imágenes pornográficas con menores de edad en un proveedor de Internet ubicado en EE.UU., donde es libre y gratuito acceder para publicar cualquier tipo de información sin que sea registrada la identidad de la persona que origina la información, y tales imágenes son captadas y recogidas por terminales y ordenadores de muy diversos países, incluso simultáneamente a través de un foro de debate. Y ante este ejemplo realmente hay que plantearse las mismas preguntas que se formula SIEBER de ¿dónde

¹¹⁹ SIEBER: «Legal Aspects...», cit., pág. 59.

¹²⁰ SIEBER: «Legal Aspects...», cit., pág. 59.

realmente se comete el delito? y ¿cómo es posible detectar el origen si no existe un registro fidedigno de quien ha colocado la información en el proveedor? Y estas consideraciones es lo que ha llevado a parte de la doctrina a apreciar la existencia de un nuevo espacio, el ciberespacio caracterizado, como ha sostenido LEVY¹²¹, por una supresión de la universalidad y en una concurrencia de la totalidad.

Ello, no obstante, ha llevado a propugnar desde todos los sectores la necesidad de la protección de los bienes jurídicos nacionales frente a estos delitos de forma unitaria, al menos en Europa y en los países occidentales, para evitar tergiversaciones de la competencia o para evitar un comportamiento desviado de los autores¹²², a proponer la construcción de un sistema europeo de Derecho penal implantado sobre bases homogéneas que permita una represión eficaz del ilícito transnacional¹²³, o a interesar, como ya vimos en su momento¹²⁴, una respuesta conjunta, armónica y coordinada a tales retos mediante la creación de figuras delictivas globales en un derecho penal global, o «Derecho penal de la globalización» como denomina SILVA SÁNCHEZ¹²⁵ y en lo que considero más específico un derecho penal global del riesgo informático y de la información¹²⁶.

¹²¹ LEVY: «Sobre la...», cit., págs 25 y ss.

¹²² SIEBER, U.: «Estado de la evolución y perspectivas del Derecho Penal Económico europeo», en «Hacia un Derecho Penal Económico Europeo» (Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann celebradas en la Universidad Autónoma de Madrid, del 14 al 17 de octubre de 1992), Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pág. 604.

¹²³ CHOCLAN MONTALVO: «Estafa por...», cit., pág. 1070.

¹²⁴ Ver Subsección II.3.3, ut supra.

¹²⁵ SILVA SÁNCHEZ, J.: «La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales», Cuadernos Civitas, Ed. Civitas, Madrid, 1999, sosteniéndolo en base a la actual expansión del Derecho penal como efecto de la que denomina delincuencia globalizada, que considera de marcado carácter económico o lucrativo (pág. 65).

¹²⁶ Si bien tales predicamentos han sido expuestos desde hace tiempo, y en tal sentido SIEBER, U.: «Unificación Europea y Derecho Penal Europeo. Propuestas para el futuro del Derecho penal europeo», Estudios Doctrinales y de Jurisprudencia, Revista Colex, Año I, núm. 3, Madrid, 1992, págs. 27 y ss., lo cierto es que como recoge CHOCLAN MONTALVO, últ., *op. cit.*, pág. 1070, hasta la fecha el único intento de construcción de un

III.4.8. EL SUJETO ACTIVO: EL DELINCUENTE INFORMÁTICO Y SU MÓVIL

La doctrina tradicional, y casi unánimamente, ha apreciado que la moderna delincuencia de la era tecnológica no se presenta como una criminalidad de la marginalidad vinculada a un individuo, sino que aparecen nuevas categorías criminológicas de delincuentes. No obstante, ha venido considerando, durante los años 70 e inicios de los años 80, al delincuente informático, y a la delincuencia informática en sí, como inscribible en la criminalidad de *cuello blanco*, en cuanto que los estudios sobre la misma venían orientados preferentemente hacia sus manifestaciones en el ámbito económico patrimonial¹²⁷. Y así se solía basar para perfilar el sujeto activo de estos ilícitos informáticos, por un lado en la clásica conceptualización criminológica del delito de «cuello blanco», elaborada por SUTHERLAND en 1939, y que ya recogía en su manual BAJO FERNÁNDEZ¹²⁸, como la «violación de la ley penal por una persona

Derecho Penal europeo se ha limitado al ámbito de la protección penal y procesal de los intereses financieros de la Comunidad Europea, el titulado *Corpus Iuris*, entendiendo por delito transnacional al que atenta a tales intereses comunitarios de la Unión Europea. Asimismo del mismo autor: «Hacia la unificación del derecho penal comunitario. El *Corpus Iuris Europeo*», *Diario La Ley*, primera parte publicada en el número 4475, correspondiente al Lunes 9 de febrero de 1998 (AÑO: XIX), y la segunda parte en el número 4476 correspondiente al Martes 10 de febrero de 1998, pág. 3. Obtenido por acceso en dichas fechas a la página web www.laley-actualidad.es. Y en el mismo sentido tanto DELMAS-MARTY, M.: «*Corpus Iuris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*», versión original en francés e inglés publicado por la Direction Général du Contrôle Financier, Ed. Economica, París, 1997, pág. 10 y ss, y TEJADO LLORENTE, M.L.: «Las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho Penal», *Actualidad Penal* núm. 3, de 19 al 25 de enero de 1998, *Actualidad Editorial*, Madrid, 1998, págs. 45 y ss.

¹²⁷ Así GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Derecho Penal y criminalidad financiera», en «*Estudios Penales*», Madrid, 1984, pág. 288; GONZÁLEZ RUS: «Aproximación al tratamiento penal...», cit., pág. 109, en cita a Carlos SARZANA, si bien posteriormente en «*Tratamiento penal...*», cit., pág. 41, matiza que «contra lo que suele pensarse, no se requieren especiales conocimientos informáticos para su comisión...»; o GUTIÉRREZ FRANCÉS: «*Fraude informático...*», cit., pág. 73.

¹²⁸ BAJO FERNÁNDEZ, M.: «*Manual de Derecho Penal. (Parte Especial)*», vol.II, Madrid, 1987, pág. 399.

de alto nivel socio-económico en el desarrollo de su actividad profesional», y que adaptada desde el punto de vista criminológico en referencia a la delincuencia económica se definía como la «relativa a las infracciones lesivas del orden económico cometidas por personas de alto nivel socio-económico en el desarrollo de su actividad profesional».

Y por otro lado, en las notas características propias descriptoras del delincuente económico, con las que MERGEN elaboró su psicograma ¹²⁹.

Lo cierto es que tal concepción ya daba lugar a una discusión doctrinal en cuanto a la consideración de la delincuencia de «cuello blanco» como una categoría distinta de la delincuencia económica o integrable en la misma ¹³⁰, pero en cualquier caso aparecía un elemento común respecto al sujeto activo, que inclinaba a la doctrina a la determinación de un concreto tipo de autor: el poseer un «alto nivel socio-económico». Para BAJO FERNÁNDEZ ¹³¹, este elemento característico respecto al sujeto activo, imprescindible desde su punto de vista, suponía una mayor lesividad de los efectos de la infracción, tanto por su cuantía como por el número de personas afectadas o víctimas, y la condición social de las mismas, normalmente pertenecientes a clases modestas.

Frente a tales posturas doctrinales, y fundamentándose en los estudios empíricos de la doctrina norteamericana de principios y mediados de los 80, y fundamentalmente al hecho de constatarse que el autor sólo ocasionalmente pertenecía a las altas capas de la sociedad, aparecen posturas de *relación del delincuente informático con su ámbito de desarrollo de su trabajo o profesión técnica en la empresa víctima del ilícito*. En tales términos, CAMACHO LOSA considera que el perfil de estas personas en gene-

¹²⁹ Estas notas características son: Materialismo, egocentrismo y narcisismo, dinamismo y audacia, inteligencia, peligrosidad, hipocresía, neurosis y conciencia de culpabilidad, en BAJO FERNÁNDEZ: «Derecho Penal Económico», cit., págs. 53 y ss., quien expone que tal descripción fue muy criticada, pues no probó suficientemente la realidad de sus análisis. En contra también RUIZ VADILLO: «Tratamiento de...», cit., pág. 63.

¹³⁰ Y así BAJO FERNÁNDEZ consideraba que la delincuencia económica como una especie de la de «cuello blanco» y que por eso no debía identificarse aquella con ésta sin establecer el matiz correspondiente («Manual de...», cit., pág. 49).

¹³¹ BAJO FERNÁNDEZ, últ. *op. cit.*, pág. 49.

ral no coincide con el de un delincuente marginal ¹³² y caracteriza a los autores de estas infracciones, en la mayoría de los casos, como empleados de confianza de las empresas afectadas que tienen acceso al sistema informático y conocen sus debilidades; e inicialmente ROMEO CASABONA ¹³³ ponía de relieve que los autores suelen ser primarios u ocasionales y que generalmente se trata de empleados de las empresas afectadas; y CORCOY BIDASOLO y JOSHI JUBERT ¹³⁴ llegan a diferenciar tres grupos de posibles autores: 1.º Los operadores, programadores u otros sujetos que acceden legítimamente a la elaboración del programa. 2.º Cualquier sujeto a través de las terminales públicas o interceptando las líneas de transmisión de datos a distancia. 3.º Los titulares legítimos del sistema.

Habida cuenta de la evolución y generalización en el uso de medios informáticos y del acceso externo a las redes y sistemas informáticos, la doctrina norteamericana y anglosajona ya venían considerando que el autor potencial de un delito informático, desde un punto de vista más general y sin estimar como prioritaria la vinculación laboral o profesional entre el sujeto activo y el pasivo, era una persona joven entre 18 y 25 años, de elevada preparación técnica, normalmente con estudios universitarios, de carácter introvertido, con grandes retos intelectuales y que en ocasiones forman parte de grupos cerrados de «hackers» o «intrusos informáticos» ¹³⁵, aunque en otras ocasiones trabajan para grupos del crimen organizado.

¹³² CAMACHO LOSA: «El delito informático», cit., págs. 83 y 84, en donde mantiene que «se trata de personas que podríamos encuadrar en lo que coloquialmente denominamos gente del montón que por azar, por diversión, o por investigación técnica han descubierto ciertas debilidades en el sistema que les pone en situación de poder aprovecharse de dicha circunstancia, y coyunturalmente se encuentran en una situación en la que sin ser desesperada no les vendría mal un puñado de dinero extra».

¹³³ ROMEO CASABONA: «Poder informático...», cit., pág. 36.

¹³⁴ CORCOY.BIDASOLO y JOSHI JUBERT: «Delitos contra el patrimonio...», cit., pág. 137.

¹³⁵ Ver más adelante sobre una conceptualización más adecuada del «hacker» y diferentes términos utilizados actualmente en referencia a los específicos delincuentes informáticos.

Consecuencia de tales posturas y también del análisis de supuestos de ilícitos informáticos no subsumibles en los tipos delictivos tradicionales estrictamente económico-patrimoniales (como contra la intimidad personal), fueron apareciendo en Europa y concretamente en España, autores que apreciaban otras peculiaridades que confluían como propias del tipo de autor de delincuente informático, y que hacían que el mismo no fuera subsumible en ninguno de los dos tipos de delincuencia anteriores, ni en la económica ni en la de cuello blanco, proponiendo en consecuencia el que debía constituirse como una *categoría criminológica aparte*¹³⁶.

RUIZ VADILLO¹³⁷ en discrepancia de las posturas de inscribir al delincuente informático en el cuadro general del delincuente de cuello blanco de la criminalidad económica o de los negocios, sostuvo que autor del delito informático puede serlo cualquiera, no precisando el mismo de determinados requisitos personales o conocimientos técnicos cualificados, por lo que además tal consideración le llevaba a afirmar que no se constituía consecuentemente en un delito especial por este elemento.

Una extensión de la caracterización del potencial delincuente informático ya fue asumido claramente en España a finales de los ochenta y principios de los noventa; así GUTIÉRREZ FRANCÉS¹³⁸, quien si bien se refiere a esa caracterización casi mítica del delincuente informático como adolescente de posición social media, cree que se trata de un amplio abanico que abarca desde empleados de empresas con acceso a su sistema informático, a chavales jugando con el ordenador o amas de casa. Y CHOCLAN MONTALVO¹³⁹ mantiene la consideración de una categoría criminológica *sui generis* del delincuente informático «que se sitúa a caballo entre el delincuente de cuello blanco y aquel delincuente habitual o asocial que contempla el Derecho penal clásico, presentándose con frecuencia

¹³⁶ En este sentido, RUIZ VADILLO: «Tratamiento de la delincuencia informática...», cit., pág. 64, siguiendo a TIEDEMANN quien en «Poder económico y...», cit. pág. 126, sostiene que los autores suelen ser principiantes o casuales y que no poseen una inteligencia superior a la media.

¹³⁷ RUIZ VADILLO: «Tratamiento de la delincuencia...», cit., pág. 78.

¹³⁸ GUTIÉRREZ FRANCÉS: «Fraude informático...», cit., págs. 74 y 79.

¹³⁹ CHOCLAN MONTALVO: «Estafa por...», cit., pág. 1070.

el delito por la acción de autores ocasionales que no precisan conocimientos informáticos especialmente cualificados, e incluso por la interacción intelectual al modo de los primeros hackers (manipuladores no autorizados de sistemas informáticos) penetran en el sistema informático produciendo perjuicios de consideración».

Por su parte ALASTUEY DOBON¹⁴⁰ sosteniendo a modo de conclusión de las posturas doctrinales anteriores, y dado que en la mayoría de las ocasiones está acreditado que el delincuente informático no posee un alto nivel socio-económico, y tal característica es esencial en el concepto de delincuencia de «cuello blanco», cree que la delincuencia informática no puede identificarse, desde un punto de vista criminológico con la reiterada delincuencia de «cuello blanco», considera que los sujetos activos «no suelen ser personas con una inteligencia superior a la media que poseen conocimientos cualificados en el campo de la informática y que por ello llevan a cabo manipulaciones sofisticadas en los sistemas informáticos, sino más bien *personas con un coeficiente intelectual medio, que tienen la oportunidad de realizar el hecho y la aprovechan.*

Y GÓMEZ PERALS, tras señalar los grupos sociales de posibles autores de delitos informáticos¹⁴¹, consideraba como retrato robot del de-

¹⁴⁰ ALASTUEY DOBON: «Apuntes sobre la...», cit., pág. 456 y 460.

¹⁴¹ GÓMEZ PERALS: «Los delitos informáticos...», cit., págs. 484 y 485, establecía los siguientes grupos:

«— Los operadores, programadores u otros sujetos en legítima relación con la elaboración del programa. Las personas autorizadas actúan ilícitamente cuando se extralimitan.

— Cualquier persona a través de terminales públicas o interceptando líneas de transmisión de datos a distancia, o bien causando daños a los medios informáticos, ya sean empleados descontentos o activistas con móviles políticos o ideológicos. Son terceros o extraños.

— Los titulares legítimos del sistema, por título de propiedad y por cualquier otro título que les habilite para el disfrute de dicho sistema informático». Añade que «resulta curioso cómo la utilización ilícita por los titulares suele ser medio de comisión de otros delitos como el alzamiento de bienes mediante la creación de doble contabilidad», y que «en este apartado incluiríamos la inutilización de programas por su propietario cuando se dan determinadas circunstancias».

delincuente informático, el de un varón, relativamente joven, profesional competente en técnica informática o bien antiguo empleado o usuario que por su trabajo o por la confianza que la empresa ha depositado en él, tiene acceso al sistema informático y conoce sus deficiencias.

Incluso más recientemente, VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC¹⁴², si bien en relación al delito previsto en el art. 248.2 del Código Penal español, afirman que sujeto activo pueden serlo tanto las personas legítimamente autorizadas para acceder y operar en el sistema (operadores, programadores u otros), como terceros no autorizados que accedan a las terminales públicas o privadas o intercepten las líneas de transmisión de datos a distancia.

Todas estas extensiones conceptuales del potencial sujeto activo del delito informático han llevado a parte de la doctrina a pretender una confusión o identificación total, errónea por supuesto, con las características propias del «hacker»¹⁴³. Este si bien entra en la categoría actual que hemos conformado del delincuente informático, no es el único, sino mucho más amplio.

Pero es que además la progresiva extensión o ampliación de la consideración de potencial sujeto activo del delito informático ha llegado incluso a las *personas jurídicas*; tal posibilidad, naturalmente de comisión o ejecución a través de sus órganos, ya fue puesto de manifiesto en nuestro país entre otros por GÓMEZ PERALS¹⁴⁴. Y así mientras en los primeros

¹⁴² VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC: «Comentarios al Código Penal de 1995», cit., pág. 1238.

¹⁴³ Lo cual ha llevado a reafirmar las antiguas consideraciones «de vinculación laboral o de confianza» respecto al sujeto activo, como, entre otros, MORÓN LERMA, quien insiste en «que la mayoría de los delitos informáticos no son cometidos por *hackers*, sino por empleados de confianza (programadores, consejeros e, incluso, directivos) de la propia empresa que, ante decisiones en perjuicio suyo, deciden actuar movidos por ánimo de venganza o, en otros casos, por motivos económicos» («Internet y Derecho Penal...», cit., págs. 72 y 73), y proponiendo seguidamente la caracterización de un nuevo sujeto activo delincuente cibernético.

¹⁴⁴ GÓMEZ PERALS: «Los delitos informáticos...», cit., pág. 485, si bien obvia entrar en la «polémica cuestión de la responsabilidad penal de esta clase de personas que es diferente de la de las personas físicas ejecutoras de la acción y de su responsabilidad

y tradicionales casos surgidos a la luz pública en el ámbito internacional, los perjuicios causados a las empresas mediante las manipulaciones realizadas en sus propios ordenadores, eran efectuadas por sus propios empleados, cada vez con mayor frecuencia, ya en los años ochenta, se fue detectando que supuestos de abusos informáticos realizados por los administradores o gerentes (incluso consejos de administración) de las empresas y sociedades, que realizaban operaciones fraudulentas para cometer los delitos económicos comunes en perjuicio de los socios del negocio, de los consumidores, de los inversionistas o de las administraciones públicas. La mayoría de los casos descubiertos en este sentido afectaban a la manipulación de los ingresos, cuentas, hojas de balances, inventarios, stocks y declaraciones de impuestos, cuando su administración o gestión se lleva a cabo por ordenador.

E incluso, como ya expuso en su día SIEBER, debe también tenerse en cuenta la posibilidad del aprovechamiento por parte de regímenes extranjeros y asociaciones criminales de las posibilidades de la criminalidad informática ¹⁴⁵.

De tal generalización y diversidad de sujetos o personas que pueden convertirse en potenciales autores de un delito de riesgo informático y de la información, y lo son a raíz de los casos descubiertos y analizados por la doctrina, y a raíz además de todas las características criminológicas vistas hasta ahora en anteriores apartados, suele tener sin embargo, y en la mayoría de los casos, un convergente elemento común: el móvil último de su comportamiento. A pesar de un reconocimiento casi generalizado de lo que por la doctrina ha venido sido designado como incapacidad de motivación del delincuente informático,

civil subsidiaria», y se limita a mencionar algunas medidas punitivas contra las mismas como «la advertencia o caución de buena conducta, confiscación de ganancias obtenidas, prohibición de ejercer determinadas actividades relacionadas con la informática, prohibición de obtener beneficios de naturaleza pública, hasta su cierre».

¹⁴⁵ SIEBER: «Criminalidad informática...», cit., pág. 32, en donde expone como ejemplos el plan de perspectivas a largo plazo para Berlín Este sobre espionaje informático, descubierto algunos años antes, y la implicación de la mafia en algunos casos aislados de criminalidad informática en EE.UU.

así ROMEO CASABONA¹⁴⁶ y MORÓN LERMA¹⁴⁷, tal apreciación procede en muchos casos de la confusión o limitación conceptual antes puntualizada de equiparar el hacker con el delincuente informático. Como no obstante ya han apuntado algunos autores, como GONZÁLEZ RUS¹⁴⁸, GUTIÉRREZ FRANCÉS¹⁴⁹, o ALASTUEY DOBON¹⁵⁰, existe *un móvil último del autor de un delito de riesgo informático y de la información, que es, en la mayor parte de los casos, clara y sencillamente, el ánimo de lucro, aunque pueda haber otros móviles complementarios e incluso iniciales* (como la simple curiosidad, o el afán de venganza), y es precisamente la concurrencia de este elemento subjetivo, entendido en sentido amplio de un ánimo de lucro genérico o jurídico, que no estrictamente económico, lo que va a conformar que comportamientos inicialmente leves, cuya sanción no debiera traspasar los límites del derecho administrativo, o, en su caso, de una reclamación o indemnización civil, se constituyan en conductas seriamente peligrosas y atentatorias para la seguridad, integridad y fiabilidad de la información, y, en su caso, de los datos que la representan y de los sistemas por los que se procesa y transfiere, así como de otros bienes o valores jurídicos tradicionales objeto de protección penal.

Ciertamente en la actualidad la caracterización del sujeto activo del delito de riesgo informático y de la información ha evolucionado hasta tal punto que *cualquiera puede tener la condición potencial de serlo, tanto una persona física, como una persona jurídica a través de sus órganos, como entidades, agrupaciones, grupos del crimen organizado, agencias gubernamentales o los servicios de espionaje de un Estado*, con lo que desde este punto de vista, la formulación de tipos delictivos debe tener presente tal diversidad y la imposibilidad de otorgar ubicar en base a ello al sujeto activo en una de las categorías tradicionales de delincuentes, sino una *nueva categoría sui generis, en donde la personalidad del mismo no es ningún factor determinante, pero sí sus móviles*.

¹⁴⁶ ROMEO CASABONA: «Poder informático...», cit., pág. 40.

¹⁴⁷ MORÓN LERMA: «Internet y Derecho Penal...», cit., pág. 72, siguiendo al anterior.

¹⁴⁸ GONZÁLEZ RUS: «Aproximación al tratamiento...», cit., pág. 111.

¹⁴⁹ GUTIÉRREZ FRANCÉS: «Fraude informático...», cit., págs. 75 y 76.

¹⁵⁰ ALASTUEY DOBON: «Apuntes sobre la...», cit., pág. 460.

Y ello además lo podemos apreciar al analizar la conceptualización de los diversos términos, por lo general derivados de la terminología anglosajona, utilizados actualmente para hacer referencia a los sujetos activos de diversos comportamientos ilícitos específicamente informáticos, desde el tradicional de hacker hasta el más reciente de phreaker.

Así el término de hacker ha quedado limitado a los meros intrusos informáticos, es decir, a los que realizan actividades de hacking o de *mero intrusismo informático*, esto es de acceso no autorizado a un aparato, sistema, o red informática o telemática aunque desde un punto de vista excesivamente amplio y genérico ha venido siendo conceptualizado por la doctrina, GUTIÉRREZ FRANCÉS¹⁵¹ o MORÓN LERMA¹⁵² entre otros, como el *conjunto de comportamientos de acceso o interferencia no autorizados, de forma subrepticia a un sistema informático o red de comunicación electrónica de datos y a la utilización de los mismos sin autorización o más allá de lo autorizado*. Pero respecto a este punto de delimitación de lo que es o debe ser entendido actualmente como hacking, y concretamente en el ámbito económico entraremos posteriormente¹⁵³. La caracterización inicial del hacker en cuanto a su móvil va a ser el deseo de mera curiosidad, y el reto frente a los sistemas informáticos en el logro del acceso no autorizado a una red, sistema, programa o archivo informático, o la interferencia a escondidas, fuera de los canales o vías autorizadas, de un sistema o red de comunicación o transferencia de datos (sea telemática o meramente electrónica). Esto es conocer, prender y lograr un mayor grado de habilidad en el acceso informático en general. Habiendo logrado su propósito de tener el acceso a los datos, programa, aparato, sistema, o red, se limitan a borrar las huellas informáticas que puedan denotar su presencia o permitir su identificación (los denominados

¹⁵¹ GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L.: «Delincuencia económica e informática en el nuevo Código Penal», séptima ponencia en el curso «Ambito jurídico de las tecnologías de la información», Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial/C.G.P.J., Madrid, 1996, págs. 299 Y 300.

¹⁵² MORÓN LERMA: «Internet y Derecho Penal...», cit., pág. 42.

¹⁵³ Ver Subsección IV.1.1. ut infra.

«logs»). Se ha pretendido por sectores doctrinales que tales sujetos deben tener unos especiales conocimientos técnicos de los sistemas, lenguajes de programación y protocolos de las redes informáticas y telemáticas, pero lo cierto es que el autodidactismo y el autoperfeccionamiento siguen siendo características primordiales en su comportamiento para conseguir la habilidad precisa para sus logros, de ahí su permanente estudio en la búsqueda de los denominados agujeros o puertas falsas en los sistemas y redes, los posibles fallos de los mismos y sus causas. Existe pues un ánimo de lucro genérico, de lograr una satisfacción personal, y no necesaria o estrictamente económica aunque pudiera concurrir o aparecer posteriormente, con la superación del reto fijado y en aras a un continuo perfeccionamiento de su habilidad informática, del que en muchos casos dará conocimiento a terceros. La conducta del hacker vendrá en la mayoría de las ocasiones orientada hacia la vulneración de las medidas de seguridad establecidas para evitar un acceso no autorizado, por ejemplo de claves de acceso o passwords, pero esta motivación realmente no se constituye más que en uno de los retos a superar por el sujeto, pues de la existencia o no de medidas de seguridad o protección no se puede hacer depender la existencia de la conducta ilícita, aunque eso sí como veremos, el que sea o no precisa una regulación jurídico penal, y no meramente civil o administrativa, para hacer frente a tal riesgo, para una suficiente prevención legal de su comisión, o incluso como preciso y adecuado método de sanción.

Otro término utilizado para ciertos delincuentes informáticos es el de cracker, el cual va más allá del mero acceso no autorizado o intrusismo informático, el cual, en contra de lo sostenido por algún autor, como MORÓN LERMA¹⁵⁴, ni es un emulador del hacker, autodiacta y sin los conocimientos técnicos de este, ni es una conducta posterior a la del hacking, sino sustancialmente distinta. La inicial pretensión del cracker no es el mero logro de un acceso informático o telemático no autorizado, con o sin vulneración de medidas de seguridad informáticas, sino la específica vulneración, corrupción o quebranto de los progra-

¹⁵⁴ MORÓN LERMA: «Internet y Derecho Penal...», cit., pág. 32.

mas informáticos en sí mismos. Esta inicial motivación va normalmente dirigida hacia dos áreas: a la vulneración de los derechos de la propiedad intelectual, esto es a la copia de software comercial de forma ilícita e indebida en lo que viene a denominarse «piratería informática», bien al quebranto o causación de daños en dichos programas informáticos, lo que viene a denominarse «sabotaje informático», normalmente mediante el borrado o destrucción de datos, o la implantación en los programas o sistemas de virus informáticos que los destruyan. Ahora bien, en cuanto a una configuración de la personalidad del cracker, de facto no va a tener ninguna diferenciación con las peculiaridades del hacker, existiendo igualmente en estos casos el ánimo de lucro en el sujeto activo, si bien con alta frecuencia un lucro económico, y por tanto entrando de lleno en el área de los denominados ilícitos informáticos en el ámbito económico. A veces, su logro se consigue a través de la denominada «extorsión informática», la cual, no obstante no es privativa del área económica en su causa, origen o base, sino incluso de un previo atentado informático a la privacidad. De este tipo de conductas de cracker ha derivado un término, el de **cyberpunk** o vándalo cibernético, que viene referido, con carácter limitado, a las conductas de causación de daños indiscriminados en todo el área vinculada a la informática, esto es afectante a los datos, programas o soportes informáticos, realizados a través de las redes informáticas y telemáticas (fundamentalmente Internet), sin un interés propiamente de obtención de un beneficio económico, sino con el específico ánimo de destruir. de hecho, y en contra de lo que sostiene algún autor¹⁵⁵ atribuyéndole una configuración criminológica propia y sustantiva, no tiene una caracterización distinta de la del cracker, sino más específica que la de éste en cuanto a su área operacional y su concreto móvil de causar daños indiscriminados, muchas veces, no obstante, unido a un ánimo de lucro indirecto vinculado a la causación de perjuicios patrimoniales.

Un término más recientemente acuñado es el de **phreaker**, utilizado para designar a los defraudadores de líneas telefónicas a través de

¹⁵⁵ Como MORÓN LERMA: «Internet y Derecho Penal...», cit., pág. 33.

redes informáticas o telemáticas, específicamente a través de Internet. El **phreaking** es un método de conocimiento exhaustivo de un sistema telefónico o de comunicaciones, vinculado estrechamente al hacking, mediante la ejecución desde un ordenador de un programa de tipo «wardialer» (sintonizador de guerra) que realiza llamadas a unos números determinados y emite un informe de los resultados; el objetivo del delincuente, en este caso, es, averiguados del informe los números de teléfono que tienen detrás un acceso a un ordenador, es decir están conectados a un modem, obtener una conexión a Internet cargando el coste de la llamada al titular de la línea (normalmente una compañía o empresa) a través de una línea gratuita para quien llama, pero no para quien la recibe que es quien corre con los gastos (en España las líneas 900). Recientemente un caso español ha salido a la luz pública ¹⁵⁶, a través de la denominada Operación Milenium llevada a cabo por el Grupo de Delincuencia Informática y de Alta Tecnología de la Guardia Civil. La investigación comenzó en enero de 1999 tras la detención en la población de Majadahonda (Madrid) de una persona por uso fraudulento en Internet de una tarjeta Visa, en cuyo interrogatorio citó a un grupo de **phreakers** llamado COM 30, liderado por un estudiante de informática de la ciudad de Córdoba, apodado Danko, y el dueño de una telefonía móvil de Alicante, apodado X; esta operación culminó el 18 de enero del 2000 con la implicación de casi 100 personas y la detención de 55 de ellas (aquellas a las que se les imputaba individualmente una defraudación superior a las 50.000 pesetas) repartidas por 16 provincias (entre ellas Sevilla, Málaga, Alicante, Madrid, Barcelona y Murcia). Según las investigaciones, los cabecillas facilitaban a sus compañeros instrucciones para introducirse en Internet a través de las líneas 900, de atención al cliente, contratadas por cinco empresas (entre ellas Microsoft, Toshiba y Novartis), para que sus clientes y empleados conecten con ellas gratuitamente. El método seguido era el siguiente: los números habían sido localizados con el uso de un programa wardialer

¹⁵⁶ Entre otros de misma fecha, el diario *EL PAIS*, de los días 19 y 20 de enero de 2000, Sección de Sociedad, pág. 30.

que escogía aquellos que estaban conectados a un modem gestionado por un ordenador, y que inmediatamente pide claves de acceso o passwords; los defraudadores entonces activaban un programa o guión de órdenes, «script», que facilita miles de combinaciones de nombres de usuarios y claves de acceso, hasta hallar una válida y violar el filtro de seguridad. Conocida la forma de entrar en el ordenador de la empresa afectada con la identidad y clave de un usuario legítimo, se utilizaba esta vía de la línea gratuita para acceder a Internet, cuyo coste de enlace y uso se facturaba a la empresa titular de la línea 900; el número se utilizaba durante un cierto tiempo hasta que, debido a que tal número corría por los «chats» de Internet¹⁵⁷ y era utilizado por un mayor número de autores, perdiendo discreción, y que la factura telefónica ascendía a una cuantía considerable, la empresa afectada lo descubría. Algunos de los autores han llegado a estar «enganchados» a Internet mediante telefonía móvil hasta dos días enteros, y se ha llegado a estimar un coste para alguna de las empresas afectadas de entre 15 y 20 millones de pesetas mensuales por sobrefacturación en su línea 900 por este método.

Otros supuestos conocidos de phreaking han servido para crear cuentas legítimas en una empresa con datos bancarios falsos.

En los colectivos específicos y en la comunidad informática en general se utilizan otros términos para la catalogación e identificación específica de los sujetos en relación a la actividad que desarrollan, si bien no necesariamente tales sujetos pueden catalogarse como delincuentes informáticos. Tal es el caso de los denominados **scriptkiddies**, jóvenes que utilizan los programas de forma irresponsable, o **lamers**, esto es quienes utilizan los programas de otros sin saber escribir, elaborar o desarrollar los suyos propios, o incluso los denominados **ciberokupas**, o sujetos que aprovechándose de las posibilidades actuales de libre acceso y

¹⁵⁷ Comunicaciones en línea entre dos o más usuarios de la Red; según un glosario de términos en Internet el término chat significa charla, y actualmente ya está siendo sustituido ampliamente por el programa IRC, que permite efectuar la comunicación mediante el micrófono y no usando el teclado. *PCManía, número especial de febrero del 2000, pág. 10.*

mínima restricción a la inscripción de dominios de Internet (los «.com» o locales de uso estatal, en nuestro país los «.es») se «apoderan» de nombres, denominaciones, señas, marcas o identificativos de empresas, sociedades o personajes públicos usándolos, ántes que éstos o terceros, en la inscripción de un dominio que carece la mayoría de ocasiones de contenido o de ejercicio o utilización en la red obteniendo tal denominación con carácter preferente y exclusivos a bajo precio o coste, pero con la finalidad última de revenderlo al interesado afectado a un alto precio, en muchos casos multimillonario.

III.4.9. EL SUJETO PASIVO: LA VÍCTIMA DEL DELITO INFORMÁTICO

No en exceso se ha debatido por la doctrina tradicional sobre la víctima de los delitos informáticos, debido principalmente a que se ha venido procediendo, como respecto a características anteriores, de la limitada conceptualización de la delincuencia informática como asociada a la criminalidad económica, propia de los años 70 e inicios de los 80, y al estudio específico de supuestos de comisión de ilícitos informáticos en el campo económico. Y así se ha venido considerando, y en España hasta hace muy poco tiempo, que las víctimas de los ilícitos informáticos eran, casi sin excepción, personas jurídicas, entidades y sociedades, únicas que gracias a su potencial económico podían permitirse el gozar de un sistema o red informática, por regla general, bancos o compañías de seguros o empresas del sector, como aún recoge ALASTUEY DOBON¹⁵⁸, y también las empresas públicas, y, como recogía ya ROMEO CASABONA¹⁵⁹ y podemos apreciar de los casos jurisprudenciales españoles¹⁶⁰, Organismos Autónomos, como el Servicio de Correos, o la Seguridad Social. En la misma línea, GUTIÉRREZ FRANCÉS¹⁶¹ afirma que suele tratarse de «personas jurídicas con un potencial económico muy elevado, y que, por lo general, no gozan de muy buena prensa entre el ciudadano medio». Incluso más adelante, con el favorecimiento de la adquisición de equi-

¹⁵⁸ ALASTUEY DOBON: «Apuntes sobre la...», cit., pág. 456.

¹⁵⁹ ROMEO CASABONA: «Poder informático...», cit., pág. 39.

¹⁶⁰ Ver Sección VII.1. ut infra.

¹⁶¹ GUTIÉRREZ FRANCÉS: «Fraude informático...», cit., pág. 76.

pos y redes informáticas, se ha venido estableciendo como la fisonomía típica de la víctima informática, como recoge GÓMEZ PERALS «la de una empresa con escaso o nulo nivel de seguridad informática, en que se procesan transacciones que suponen movimientos de fondos y con personal descontento».

Sin embargo, a raíz de los cambios de paradigmas sociales, y fundamentalmente de la incidencia y alcance de la progresiva extensión de las técnicas informáticas y de telecomunicaciones en todos los ámbitos de la vida social, y el estar su adquisición disponible para cualquier ciudadano medio y no sólo el poderoso estado o empresario, lo cual también ha favorecido claramente la frecuencia y la mayor diversidad de los comportamientos ilícitos informáticos como hemos visto en los apartados precedentes, en la actualidad si bien podemos seguir reconociendo que en el ámbito estrictamente económico patrimonial son las personas jurídicas en el ámbito mercantil o del comercio el objetivo principal de las acciones delictuales informáticas, que no exclusivo, a tenor de la configuración que actualmente debe darse al delito informático como delito del riesgo informático y de la información, nos lleva a afirmar que ha habido una inicial extensión de la conceptualización del potencial sujeto pasivo del mismo, pudiendo comprenderse con carácter general, no sólo a los titulares y demás beneficiarios legítimos de un sistema informático, como los usuarios y terceros de buena fe, sino incluso a cualquier persona, física o jurídica, que en cualquier momento, ocasión, o circunstancia tenga o se encuentre vinculado directa o indirectamente con un sistema informático, la información en él contenida, o los datos que la representan.

Y tal característica de extensión o ampliación de la potencialidad de ser víctima de un delito de riesgo informático y de la información, lleva, como asimismo hemos visto en el apartado anterior respecto al sujeto activo, a cambiar las consideraciones y peculiaridades respecto a los mismos en el ámbito de la categoría global del delito informático, constituyéndose consecuentemente en un delito más peligroso por esta razón, configurándose como un riesgo propio de la «sociedad de riesgos». Así sostiene SIEBER¹⁶², que hoy en día el ordenador ya no es un

¹⁶² SIEBER: «Legal Aspects...», cit., pág. 59.

exclusivo «instrumento del poder» en las manos del Estado o de empresas particulares, sino que se ha hecho disponible para cualquier ciudadano debido al aumento de la utilización y la bajada de precio correspondiente de ordenadores personales, y esto ha conducido a la necesidad de cambiar las correspondientes ofensas informáticas tanto en el lado de los criminales como de las víctimas; y en consecuencia, afirma que «los delitos informáticos hoy en día pueden ser cometidos por casi todo el mundo y amenazar, precisamente como cualquier otro peligro de la «sociedad de riesgos»— a cualquier ciudadano».

III.4.10. CONCLUSIONES A MODO DE RESUMEN

Las peculiaridades criminológicas de la delincuencia informática conducen a unas características peculiares en la configuración genérica del actual delito del riesgo informático y de la información, llevándonos a las siguientes conclusiones:

1.º) La permanencia del hecho basada en la repetición de la acción, lleva a la frecuente valoración y apreciación jurídica y jurisprudencial del delito informático como un **delito continuado**.

2.º) El automatismo y el distanciamiento temporal entre la acción y los efectos derivados de la misma, lleva a la configuración de muchos supuestos como **delitos de consumación instantánea y efectos permanentes**.

3.º) La extensa y elevada lesividad del conjunto de acciones ilícitas, aunque puedan ser inicialmente nimias desde el punto de vista del valor económico del resultado perjudicial o del daño causado a bienes jurídicos tradicionales, por suponer un serio ataque y puesta en peligro de la seguridad y fiabilidad global de la información, de los datos informáticos y de los sistemas informáticos y de telecomunicaciones, trae consigo el que **la cuantía del perjuicio no debe afectar a la existencia del delito en sí o a su graduación como falta, sino en todo caso a la configuración de subtipos agravados o cualificados, y su análisis debe más adecuadamente derivarse al ámbito de las responsabilidades civiles**.

4.º) Las dificultades de averiguación y comprobación delictual, así como el elevado volumen de la cifra negra, si bien no pueden solventarse directamente con medidas penales, sino primordialmente con medidas extrajurídicas (autorregulación y formación especializada) y en todo caso procesales, suponen a la vez un mayor favorecimiento del delincuente,

pero parte de ellas pueden solventarse con su **previsión legal penal específica y la creación de tipos delictivos amplios, utilizando conceptos jurídicos indeterminados y leyes penales en blanco, y elaborados con criterios uniformes a nivel supranacional.**

5.º) La frecuencia y creciente diversidad de los comportamientos ilícitos informáticos suponen una mayor peligrosidad del conjunto de esta categoría delictual, y traen consigo la necesidad, para una adecuada respuesta penal, la **configuración de modalidades delictuales algunos de cuyos elementos típicos deben de estar redactados ampliamente** para poder integrar futuras posibilidades de comisión delictual y evitar que las mejoras o novedades tecnológicas desborden rápidamente las previsiones legales, en beneficio del delincuente y de la comisión delictiva.

6.º) La posibilidad de distanciamiento temporal, en conjunción con las tres primeras características criminológicas indicadas, dan lugar a una frecuente imposibilidad material de determinar con exactitud el concreto momento de la consumación delictual efectiva; y no siendo aconsejable sancionar como tentativa la acción de acceso con introducción, alteración o supresión, no activadas sino latentes, de la información, los datos, el programa o la interferencia del sistema informático o de telecomunicación, que supera la mera acción de acceso ilegal o «hacking», justifica con mayor peso la **formulación de tipos pluriofensivos sin formas imperfectas de ejecución, y la creación de tipos de riesgo abstracto en perjuicio de figuras delictivas de resultado, sancionándose sólo modalidades consumadas.**

7.º) El distanciamiento espacial, la mayor movilidad, y el carácter transfronterizo del delito informático dan lugar a la necesidad de **tipificaciones globales unificadas a nivel internacional.**

8.º) El actual sujeto activo puede serlo cualquiera: delincuentes habituales, jóvenes, estudiantes u otros sin conocimientos cualificados, organizaciones criminales, incluso agencias gubernamentales.

9.º) El móvil último del autor de un delito informático es normalmente **un ánimo de lucro genérico, pudiendo concurrir con otros simultánea o posteriormente.**

10.º) El actual sujeto pasivo o víctima del delito informático también puede serlo cualquiera, tanto una persona física como jurídica, y ello conlleva la necesidad de cambiar las consideraciones en torno a los

sujetos intervinientes en las correspondientes ofensas informáticas, tanto respecto a los sujetos activos como de las víctimas, debiéndose **configurar las modalidades delictuales sobre las bases de los delitos de peligro propios de la «sociedad de riesgos».**

CLASIFICACIONES Y TIPOLOGÍA

III.5.1. CLASIFICACIONES TRADICIONALES

A tenor de lo expuesto en apartados anteriores en referencia a la concepción del delito informático, vemos que no sólo en la formulación de definiciones más específicas del delito informático, sino también las clasificaciones más detalladas de los varios fenómenos del mismo, dependían en un primer momento del objeto y ámbito de investigación del autor del trabajo o estudio correspondiente. Así es claro y determinante que también la elaboración de clasificaciones tipológicas del delito informático ha tenido una evolución similar a la de su concepto.

Ya hemos apuntado que en muchos países, el debate doctrinal sobre los abusos e ilícitos informáticos comenzó en los años 60 en referencia a los actos de puesta en peligro de la intimidad personal, lo cual ha venido siendo tratado, incluso hasta nuestros días, bajo el lema de la «protección de datos», y sin que fuera objeto de análisis, en un principio, como una parte de la «criminalidad informática», habiéndose centrado posteriormente las investigaciones científicas, sobre todo en los años 70 e inicios de los 80, en el grupo de ilícitos de naturaleza patrimonial, los por aquel entonces denominados *delitos económicos específicos informáticos*, concretando sus modalidades en las manipulaciones informáticas, el sabotaje informático, el espionaje informático y la piratería de software, y quedando al margen la parcela de las amenazas contra la intimidad personal y la esfera privada del individuo, así como otras ofensas en los medios o sistemas de telecomunicación o telemáticos.

Así surgió la clásica clasificación formulada por LAMPE¹⁶³, que responde a un criterio sistematizador vinculado a las características del procesamiento automático de datos y a una separación de los diversos tipos criminológicos de conducta, y que agrupa las conductas más significativas en las siguientes modalidades principales:

- 1.- Manipulaciones de datos y/o programas, o «fraude informático»;
- 2.- Copia ilegal de programas;
- 3.- Obtención y utilización ilícita de datos, o «espionaje informático»;
- 4.- Destrucción o inutilización de datos y/o programas, o «sabotaje informático»;
- 5.- Agresiones en el hardware o soporte material informático, principalmente «hurto de tiempo del ordenador».

Tal clasificación fue asumida posteriormente por SIEBER¹⁶⁴ y por la mayoría de la doctrina. Así SIEBER¹⁶⁵ diferenciaba las siguientes modalidades:

- 1.- Manipulaciones del ordenador.
- 2.- Espionaje informático y hurto de software.
- 3.- Sabotaje informático.
- 4.- «Hurto de tiempo».
- 5.- Delitos económicos en general.

A tal clasificación, en referencia al ámbito estrictamente económico, se adhiere, por ejemplo, GUTIÉRREZ FRANCÉS¹⁶⁶, o las formularon, en similares términos, TIEDEMANN¹⁶⁷, CORCOY y JOSHI¹⁶⁸, o ROMEO CASABONA¹⁶⁹.

¹⁶³ LAMPE: «Die strafrechtliche...», cit., pág. 25.

¹⁶⁴ SIEBER: «Computerkriminalität...», cit., págs. 39 y ss. (1.ª ed. de 1977), o págs. 97 y ss. (2.ª ed. de 1980).

¹⁶⁵ SIEBER: «Criminalidad informática...», cit., págs. 15 y ss.

¹⁶⁶ GUTIÉRREZ FRANCÉS: «Fraude Informático y...», cit., pág. 71.

¹⁶⁷ TIEDEMANN: «Poder económico y...», cit., págs. 122 y ss.

¹⁶⁸ CORCOY BIDASOLO y JOSHI JUBERT: «Delitos contra el patrimonio...», cit., págs. 135 y ss., que establecen cuatro grupos: manipulaciones, espionaje, sabotaje, y hurto de tiempo.

¹⁶⁹ ROMEO CASABONA: tanto en «Poder Informático y...», cit., págs. 43 y ss., como en «Tendencias actuales sobre...», cit., págs. 179 y ss., quien diferencia cinco grupos: manipulaciones de datos informatizados, piratería o copia ilegal de programas, espionaje informático, sabotaje informático, y agresiones en el soporte material informático.

Ya hemos recogido anteriormente otra tradicional clasificación elaborada por el I.B.I.¹⁷⁰ y acogida en nuestro país por GONZÁLEZ RUS¹⁷¹ en base a los campos o temas sobre los que podían recaer los ilícitos informáticos, pero también se elaboraron otras clasificaciones en atención al momento en que se produce la conducta ilícita dentro del proceso informático, o el estadio de funcionamiento del sistema informático afectado o implicado en el ataque; así BEQUAI¹⁷², que distingue los siguientes momentos:

- a.- fase de entrada de datos o «input»;
- b.- funciones de programación;
- c.- operaciones de la unidad de proceso central;
- d.- salida de datos o «output»;
- e.- y fase de comunicación electrónica.

Y en el mismo sentido también JAEGER¹⁷³, GONZÁLEZ RUS¹⁷⁴, y VELOZO Y CARDOSO¹⁷⁵.

Nuevas investigaciones y estudios, principalmente criminológicos, a partir de mediados de los 80, demostraron rápidamente que a la par del avance de la tecnología de la información y su extensión a áreas nuevas de la vida, los delincuentes también extendían el uso de los medios informáticos para casi todo tipo de ilícitos, llevando a la doctrina a afirmar que, desde un punto de vista fenomenológico, el delito informático homogéneo no existía¹⁷⁶. Y así RUIZ VADILLO¹⁷⁷, tras exponer las ante-

¹⁷⁰ I.B.I. (*Intergubernamental Bureau for Informatics*): «El Derecho penal de la Informática. Problemas y perspectivas»; en Documentos relativos al Derecho de la Informática (DR. 08), Enero de 1983, págs. 10 y ss.

¹⁷¹ GONZÁLEZ RUS: «Aproximación al...», cit., págs. 107 y ss. Ver Sección II.2. ut supra.

¹⁷² BEQUAI, A.: «Computer Crime», Heath Lexington Books, Lexington, 1978.

¹⁷³ JAEGER, M.: «La fraude informatique», en *Revue de Droit Pénal et de criminologie*, 1985, págs. 331 y ss.

¹⁷⁴ GONZÁLEZ RUS: tanto en «Aproximación al tratamiento de los ilícitos...», cit., pág. 125, como en «Tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales...», cit., págs. 40 y 41; también en sus respectivas obras citadas tanto TIEDEMANN como CORCOY y JOSHI y TORTRAS se refieren a esta clasificación.

¹⁷⁵ VELOZO, J.A. y CARDOSO LÓPEZ ROCHA.: «Criminalidade informática: modos de execução», en *Sciencia Iurídica*, enero-diciembre 1986, tomo XXXV, págs. 199 a 204.

¹⁷⁶ SIEBER: «The International Handbook...», cit., pág. 26; reafirmando posteriormente en «The International Emergence of Criminal Information Law», Carl Heymanns Verlag K.G., Köln, Berlín, Bonn, München, 1992, págs. 6 y ss.

¹⁷⁷ RUIZ VADILLO: «Tratamiento de la delincuencia informática como...», cit., pág. 62.

riores clasificaciones, establecía los siguientes supuestos de delincuencia informática:

1. Entrada, alteración, borrado y/o supresión de datos y/o programas informáticos efectuados de manera consciente o intencional con la finalidad de llevar a cabo una transferencia ilegal de fondos o de otra cosa de valor o simplemente de realizar una falsedad, cualquiera que sea su finalidad o de obstaculizar o dificultar el funcionamiento de un sistema informático o de telecomunicaciones si se hace ilegalmente.

2. La vulneración del derecho exclusivo del titular de su programa informático protegido por la Ley con el fin de explotarlo comercialmente, entendida esta última palabra en sentido muy amplio. Y en igual sentido la violación de dibujos, signos o diseños protegidos de un círculo creado para su explotación comercial.

3. El acceso o la interceptación de un ordenador o de un sistema de telecomunicaciones hecho dolosamente, incluyendo el supuesto de obtención por medios ilegítimos de los datos de un ordenador y su divulgación, bien se trate de datos personales (por ejemplo en un establecimiento sanitario o de prisiones) o de un secreto comercial o industrial.

No obstante aquellas primeras clasificaciones han tenido gran significación, y conducido a que incluso en la actualidad se siga abordando la criminalidad informática por parte de la doctrina no especializada desde aquella perspectiva, ampliando o adecuando a la categoría genérica de la criminalidad informática la tipología inicialmente adecuada al ámbito económico. Como por ejemplo sucede con la clasificación referida a la delincuencia informática sostenida por HILGENDORF¹⁷⁸, y recogida por PÉREZ DEL VALLE «para abordar la problemática creada y proceder a un análisis sistemático de este tipo de delitos» en una sociedad de riesgos¹⁷⁹, y que distingue los siguientes grupos:

1.º Espionaje informático: invasiones no autorizadas en instalaciones (y programas) ajenos e investigaciones de datos ajenos. En esta esfera incluye el comportamiento denominado «Hacking» (en Alemania

¹⁷⁸ HILGENDORF: «Grundfälle zum...», cit., pág. 510.

¹⁷⁹ PÉREZ DEL VALLE: «Sociedad de riesgos y...», cit., pág. 77.

«Hacken»), y que considera como «la insistencia en el empleo del teclado con el fin de encontrar un Password y entrar en un programa».

2.º Sabotaje informático: deterioro o destrucción de datos.

3.º Manipulación informática: Alteración de datos con el objetivo de influir en el resultado del procesamiento de datos.

4.º «Hurto de tiempo»: utilización no autorizada del tiempo de procesamiento de un ordenador.

III.5.2. OTRAS CLASIFICACIONES

También desde otros ámbitos y con puntos de vista se han elaborado clasificaciones de los delitos informáticos; así desde el denominado Derecho Informático, inicialmente los autores, como TELLEZ VALDÉS¹⁸⁰, adaptaban la clásica diferenciación entre «lo informático» como medio o instrumento, y «lo informático» como objeto o fin; y así dicho autor distinguía dos grupos:

1.- Conductas criminógenas que se valen de los ordenadores como método, medio o símbolo en la comisión del ilícito.

2.- Conductas criminógenas que van dirigidas en contra del ordenador, accesorios o programas como entidad física.

Posteriormente CORREA¹⁸¹ clasificaba los delitos informáticos en las siguientes modalidades:

a) fraude por manipulaciones de un ordenador contra un sistema de procesamiento de datos.

b) espionaje informático y robo de software.

c) sabotaje informático.

d) robo de servicios.

e) acceso no autorizado a sistemas de procesamiento de datos.

f) ofensas tradicionales en los negocios asistidos por ordenador.

Y más recientemente, teniendo presente la acción realizada en relación a la información, los datos o los programas informáticos, DAVARA RODRÍGUEZ, partiendo de la base de considerar únicamente como deli-

¹⁸⁰ TELLEZ VALDÉS, J.: «Derecho Informático», Universidad Autónoma de México, México, 1987, pág. 106.

¹⁸¹ CORREA y otros: «Derecho informático», cit., pág. 296, siguiendo a UHLRICH.

to informático aquellos en los que la informática y/o telemática aparece como medio o instrumento en la comisión de un delito¹⁸², y otorgando no obstante un tratamiento independiente a la protección jurídica de los programas de ordenador y de las bases de datos, efectúa una inicial clasificación, y distingue los siguientes apartados en los que considera «es posible encuadrar cualquier acto doloso de los que estamos analizando»:

1.- Manipulación en los datos o informaciones contenidas en los archivos o soportes físicos informáticos ajenos.

2.- Acceso a los datos y/o utilización de los mismos por quien no está autorizado a ello.

3.- Introducción de programas o rutinas en otros ordenadores para destruir información, datos o programas.

4.- Utilización del ordenador y/o los programas de otra persona, sin autorización, con el fin de obtener beneficios propios y en perjuicio de otro.

5.- Utilización del ordenador con fines fraudulentos.

6.- Agresión a la «privacidad» mediante la utilización y procesamiento informático de datos personales con fin distinto al autorizado.

No obstante lo anterior, más adelante dicho autor al efectuar una clasificación tipológica de los delitos informáticos, acepta y considera como la más clara y acertada la realizada por JOVER PADRO¹⁸³, que los agrupa en los siguientes apartados:

1.- El fraude informático.

2.- Los documentos informáticos y sus falsedades.

3.- El sabotaje informático.

4.- Las defraudaciones a la propiedad intelectual.

5.- Los ataques contra el derecho a la intimidad.

¹⁸² DAVARA RODRÍGUEZ: «Manual de...», cit., págs. 289 a 298, «ya que la comisión de otros delitos en los que de alguna forma interviene un elemento informático, se encontrará sin duda dentro del Derecho Penal en general y nada tiene que ver con el tema que estamos tratando (cit. pág. 289).

¹⁸³ JOVER PADRO, J.: «El Código Penal de la Informática». X Años de Encuentros sobre Informática y Derecho. Ed. Aranzadi. Pamplona. 1997.

Y, en consonancia, efectúa una similar clasificación tipológica «siguiendo el propio orden sistemático»¹⁸⁴ del Código Penal español de 1995, diferenciando cuatro grupos:

a) Delitos contra la intimidad y el derecho a la propia imagen.
 b) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (hurtos, defraudaciones, daños, y relativos a la propiedad intelectual, propiedad industrial, mercado y consumidores).

c) De las falsedades documentales.

d) Otras defraudaciones indirectas.

En similares términos ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SOTO¹⁸⁵ distingue los siguientes supuestos:

a) Delitos informáticos contra la persona y los bienes y derechos de la personalidad, intimidad personal y familiar.

b) Delitos informáticos contra la seguridad jurídica, la falsificación de documentos electrónicos.

c) Delitos informáticos contra la propiedad, la estafa, el hurto y la apropiación indebida. Fraudes informáticos.

d) la protección penal de la propiedad del programador.

III.5.3. CONSIDERACIONES ACTUALES

Hoy en día los cambios y diferenciaciones, caracterizadas especialmente por las innovaciones de la tecnología de la telecomunicación, son determinables en todas las áreas sociales, sin que los criterios específicos tipológicos del ámbito económico puedan ser trasladados plena e íntegramente a la generalidad de los ilícitos informáticos, ni, en base a los mismos exclusivamente, efectuar una tipología de los actuales delitos de riesgo informático y de la información. Como ha sostenido SIEBER¹⁸⁶, la importancia de la criminalidad informática para la sociedad no está basada tanto en aspectos cuantitativos, sino más bien en aspectos cualitativos, y el análisis de estos aspectos cualitativos muestra las

¹⁸⁴ DAVARA RODRÍGUEZ, ult., *op. cit.*, pág. 305.

¹⁸⁵ ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SOTO: «Informática i...», cit., págs. 194 y 195.

¹⁸⁶ SIEBER: «Legal Aspects...», cit., pág. 23.

verdaderas amenazas y peligros de la criminalidad informática, lo que conduce a la necesidad de una nueva perfilación de figuras delictivas, y sobre todo en referencia a su configuración global como delitos del riesgo informático y de la información. Y precisamente uno de los riesgos principales del delito informático procede del desconocimiento para muchos usuarios privados de las amenazas a las que real o potencialmente están expuestos, así como de que muchas agencias y departamentos gubernamentales, legisladores y políticos no son conscientes de los riesgos y vulnerabilidades de la sociedad de la información informatizada, siendo consecuentemente necesario un análisis del riesgo diferenciado en cada caso o modalidad de delito informático.

El análisis básico de las diferentes modalidades del delito informático en la actual sociedad global del riesgo y de la información sirve como valioso fundamento no sólo para el análisis de los problemas de una legislación penal vinculada con la informática, sino también para el desarrollo de una estrategia penal general de protección contra el delito informático en el marco del que venimos a denominar Derecho Penal Global del Riesgo Informático y de la Información.

Por ello, las primeras clasificaciones orientadas técnicamente a distinguir entre el ordenador como herramienta o como objeto del delito, o en base a las diferenciaciones sociológicas, distinguiendo entre ataques internos o externos, únicamente tienen un valor limitado en el análisis legal de esta fenomenología. Por ello SIEBER ampliando sus anteriores esquemas, a mediados de los noventa estructuraba sus trabajos en las siguientes áreas ¹⁸⁷ de afectación criminológica por estos ilícitos:

- A. Infracciones a la Intimididad.
- B. Ilícitos Económicos.
- C. Ofensas de Comunicación.
- D. Otras Ofensas.

Los nuevos estudios elaborados a nivel internacional a finales de los noventa, así los trabajos criminológicos y penales sustantivos de derecho comparado de KASPERSEN para el Consejo de Europa ¹⁸⁸ o de SIEBER

¹⁸⁷ SIEBER: «Computer Crime...», cit., págs. 23 y ss.

¹⁸⁸ CONSEJO DE EUROPA: «Implementation of Recommendation No.R(89)9», cit.

para la Unión Europea¹⁸⁹, se han orientado en la combinación de criterios legales y criminológicos basados en los intereses y bienes jurídicos atacados, considerando que tal combinación es más adecuada para su planteamiento legal, y sobre todo desde que los códigos penales de la mayoría de países están estructurados de la misma manera.

En consecuencia, al igual que estos estudios legales y criminológicos del ilícito o delito informático podemos distinguir, con carácter general, tres iniciales grandes grupos o áreas sobre los cuales recaen sus manifestaciones o diversas modalidades:

- 1.º La económico patrimonial.
- 2.º La intimidad personal.
- 3.º Otros intereses legalmente protegidos.

Lo que SIEBER¹⁹⁰ más recientemente ha denominado como los delitos económicos vinculados a la informática, las infracciones de la intimidad vinculadas a la informática, y los ataques informáticos a otros intereses legalmente protegidos, y que, en similares pero más limitados términos, habían sido apuntadas en su día por GÓMEZ PERALS¹⁹¹, quien distinguía, a tenor de la pluralidad de bienes jurídicos que pueden ser afectados, dos bloques iniciales, el de la esfera privada de la personalidad del ciudadano, y el de su esfera patrimonial, y al que añade, aunque no como tercer bloque, y con carácter excepcional, las conductas que suponen la afectación de intereses públicos (la seguridad del Estado, o los datos administrativos).

No obstante, a raíz de la multitud de nuevas cuestiones legales específicamente informáticas, SIEBER¹⁹² ha pretendido también sistematizar y agrupar la legislación penal vinculada a la informática y de la información en torno a los seis movimientos legislativos principales sobre el delito informático, caracterizando los seis campos principales de la Ley penal de la información: Protección de la intimidad, ley penal

¹⁸⁹ SIEBER: «Legal Aspects...», cit.

¹⁹⁰ SIEBER: «Legal Aspects...», cit., pág. 23.

¹⁹¹ GÓMEZ PERALS: «Los Delitos Informáticos...», cit., pág. 483.

¹⁹² SIEBER: tanto en «Computer Crime...», cit., pág. 11, como en «Legal Aspects...», cit., págs. 24 y ss.

económica, protección de la propiedad intelectual, contenidos ilegales y nocivos, legislación procesal penal, y legislación de seguridad, si bien únicamente los cuatro primeros campos tienen un carácter estrictamente penal, y el tercero puede enmarcarse en un tratamiento conjunto en una misma área con el segundo ¹⁹³.

Por todo ello, podemos efectuar *una clasificación de los ilícitos informáticos atendiendo a estos criterios de áreas de incidencia de la delincuencia informática en relación al bien o interés jurídico tradicional atacado*, y así poder diferenciar los siguientes cuatro grupos criminológicos:

- 1) Infracciones a la intimidad.
- 2) Ilícitos económicos.
- 3) Ilícitos de comunicación por la emisión y difusión de contenidos ilegales y peligrosos.
- 4) Otros ilícitos informáticos.

III.5.4. NUEVAS PERSPECTIVAS EN LA CLASIFICACIÓN ACTUAL DE LOS DELITOS INFORMÁTICOS, ÁREAS DE INCIDENCIA Y ÁMBITOS DELICTIVOS

Para poder efectuar una clasificación actual de los delitos informáticos es efectivamente preciso analizar la fenomenología criminológica en las citadas diversas áreas donde incide. Mas no es mi pretensión efec-

¹⁹³ Establece dicho autor, ult. nota cit., las siguientes oleadas de reformas legislativas:

— Una primera oleada de reforma de los años 70 y 80 preocupada por la protección de la intimidad.

— Una segunda oleada de reformas surgida a comienzos de los 80 junto con la lucha contra formas específicas de crimen económico cometido con la ayuda de computadoras.

— También en el curso de los 80, una tercera oleada de reformas constituidas por numerosas reformas legales para mejorar la protección de la propiedad intelectual en el campo de la tecnología de información.

— En los 80 y 90, se adoptaron las primeras medidas legislativas para tratar con la lucha contra la pornografía y otras ofensas de comunicación en redes informáticas.

— Para los 90, podemos percibir el comienzo de otra oleada de reformas en el campo de ley procesal.

— Un último cuerpo de medidas, debatido en particular en los 90, relativas al establecimiento de medidas de seguridad, limitaciones y prohibiciones.

tuar en la presente exposición, un análisis detallado de todas las modalidades delictuales que pueden encuadrarse en cada apartado, sección o área sobre la que inciden los delitos informáticos, lo que excedería con creces las aspiraciones y finalidades de esta tesis, sino únicamente, en este momento, efectuar una aproximación al ámbito de las mismas para poder entrar a desarrollar con posterioridad el adecuado encuadramiento de las manipulaciones informáticas defraudatorias patrimoniales, objeto de este estudio específico, como ejemplo de figura delictiva del riesgo informático y de la información en el área económico patrimonial.

Pero lo cierto es que, admitidas las áreas o ámbitos de demarcación global de los ilícitos informáticos, de la intimidad personal, económico patrimonial, comunicación por emisión y difusión de contenidos ilegales y nocivos o peligrosos en medios telemáticos, y de otros intereses legalmente protegidos, y que desarrollaremos sucintamente más adelante, a las estructuraciones de las diversas modalidades criminológicas debe efectuarse una previa serie de precisiones y consideraciones para su adecuada configuración tipológica en el marco del que hemos denominado derecho penal global del riesgo informático y de la información.

III.5.4.1. **Criterios clasificativos: el Delito vinculado a la Informática y el Delito Informático como Delito del Riesgo Informático y de la Información**

Para ello es preciso partir de la base de que actualmente ya no podemos equiparar el concepto y término de «delito vinculado a la informática», con el del «delito informático» entendido o equiparado a «delito del riesgo informático y de la información», y en el estudio y elaboración actual de las diversas modalidades delictuales, no ya como meros actos abusivos o ilícitos contra bienes jurídicos protegidos, sino como serios y graves ataques a los mismos en evitación de lo que algunos autores han calificado como una «huida hacia el derecho penal»¹⁹⁴ y en pro de los principios de proporcionalidad y *ultima ratio* que se le asig-

¹⁹⁴ Como MORÓN LERMA: «Internet y Derecho Penal...», cit., pág. 73, en referencia a la incriminación autónoma del mero acceso ilegal a sistemas informáticos o «hacking».

nan al Derecho Penal como medida de protección ante los ataques a bienes, valores o intereses primordiales de la sociedad, *es preciso delimitar o reducir tal consideración o calificación de delito informático a aquellos supuestos delictivos que realmente tengan presente en su protección no sólo bienes jurídicos tradicionales sino también los incorporados como consecuencia de las nuevas tecnologías de la informática y telecomunicación, esto es, directamente la información en sí misma, como bien social dotado de valor económico, en cuanto que representación de poder que deviene de su conocimiento y de acceso a la misma, o indirectamente a través de la fiabilidad de su representación, los datos informáticos, o de la seguridad y fiabilidad de sus cauces de procesamiento y transferencia, los sistemas y redes informáticos y de telecomunicación, o de los medios que originan el funcionamiento de dichos sistemas, esto es, los programas informáticos o software.*

Y desde tal punto de vista en una referencia general a lo que ha venido denominándose *delitos vinculados con la informática o computer related crime*, podemos establecer la siguiente clasificación:

1.º) *Delitos no informáticos vinculados a la informática*: Comportamientos delictivos que recaen sobre elementos físicos informáticos (hardware), o que utilizándose medios o sistemas informáticos o telemáticos para su comisión no tiene afectación alguna la información en sí misma, los datos o tales medios o sistemas, siendo objeto de ataque y quebranto exclusivamente un bien jurídico tradicional. No son delitos informáticos en sentido estricto, y su análisis no debe ser objeto del Derecho Penal Global del Riesgo Informático y de la Información, siendo su adecuado encaje en figuras delictivas tradicionales (por ejemplo, del primer ámbito, el hurto de un ordenador, y del segundo una estafa a través de Internet ¹⁹⁵).

¹⁹⁵ Como es el caso objeto de la operación «Henry» llevado a cabo por el Grupo de Delincuencia Informática de la Guardia Civil, y que salió a la luz pública a mediados de noviembre de 1999 (Diario El País, miércoles 17 de noviembre de 1999, pág. 40.), de la primera red de estafa a través de Internet en España, y posiblemente en la Unión Europea, y la detención en Madrid y Málaga de sus presuntos autores, un empresario británico y otro argentino. Los hechos, denunciados desde verano del mismo año 1999 por numerosas víctimas, consistían en el envío de mensajes por correo electrónico, desde la

2.º) *Delitos informáticos improprios*: Comportamientos delictivos en los que la utilización de los sistemas y medios informáticos y de telecomunicación suponen además de un quebranto o peligro a un bien jurídico tradicional, una afectación de la información en sí misma, directamente, o de forma indirecta al quebrantarse la fiabilidad y seguridad de su medio de representación o de los sistemas para su procesamiento y/o transferencia. Son delitos informáticos que vendremos a denominar delitos de riesgo informático y de la información improprios, de carácter pluriofensivo pero en los que el nuevo bien jurídico protegido no es el principal objeto de tutela penal; no obstante resultan los más frecuentes, siendo objeto de tratamiento por el Derecho Penal Global del Riesgo Informático y de la Información en cuanto a las peculiaridades específicas diferenciadoras de las correlativas figuras delictivas clásicas (por ejemplo las manipulaciones informáticas defraudatorias patrimoniales).

3.º) *Delitos informáticos propios*: Comportamientos delictivos, cualquiera que sea el medio o mecanismo utilizado, en los que resulta afectada la información y los datos informáticos en sí mismos, como nuevos bienes o valores jurídicos principalmente protegidos, sin perjuicio de la presencia de otros bienes jurídicos tradicionales merecedores de pro-

dirección electrónica de uno de los detenidos y realizada la conexión a Internet desde un teléfono sito en una localidad malagueña, bajo la titularidad del otro detenido, a usuarios de la Red en los que se les informaba que en los próximos días se les iba a efectuar un cargo de 78.000.- pesetas en sus tarjetas de crédito a favor de la empresa «Plssl Software Inc.», por un supuesto pedido realizado previamente. En los mensajes se facilitaban dos número de teléfono gratuito para cualquier consulta sobre el asunto, cuando no lo eran efectivamente, correspondiendo a una empresa con sede en Chile y con un coste de llamada de 160 pesetas el minuto, y cuando se efectuaban las llamadas, éstas eran recibidas por un contestador automático que invitaba a esperar unos minutos hasta ser atendido por un operador. Mas la respuesta no llegaba nunca, mientras que el gasto repercutía en la factura del teléfono, parte del cual suponía el porcentaje correspondiente de beneficio para la «empresa» indicada que había contratado las líneas telefónicas. En los domicilios de los responsables detenidos (existiendo al menos otros dos implicados con residencia fuera del territorio español) se intervinieron cincuenta ordenadores, documentación, y una base de datos con filiaciones de más de 30.000 personas y numerosa información sobre tarjetas de crédito.

tección conjunta, pero siempre de forma secundaria o de menor importancia. Son delitos informáticos, a los que denominaremos delitos de riesgo informático y de la información propios, y objeto de análisis específico en el marco del Derecho Penal Global del Riesgo Informático y de la Información.

Efectuada esta primera clasificación y distinción entre los delitos vinculados con la informática, vamos a ver la actual incidencia de la criminalidad vinculada a la informática y la configuración de posibles delitos del riesgo informático y de la información, propios e impropios, *en las cuatro grandes áreas de afectación social: infracciones a la intimidad o privacidad, ilícitos en el ámbito económico, los ilícitos de comunicación telemática, y otros ilícitos*, si bien, se adelanta, se va a constituir como una breve descripción y desarrollo de tales ámbitos a excepción del ámbito económico patrimonial que, por ser aquel en donde se enmarcan las manipulaciones informáticas defraudatorias patrimoniales, será objeto de tratamiento específico y más amplio con posterioridad en otro apartado ¹⁹⁶.

III.5.4.2. Infracciones a la Intimidad y Privacidad.

Con el comienzo en los 60 del denominado «triunfo de los ordenadores» ¹⁹⁷, se constató que la recopilación, almacenamiento, transmisión y conexión de los datos personales podía poner en peligro los derechos de la personalidad y de la «privacidad» ¹⁹⁸ de los ciudadanos, y que era precisa, sobre todo a raíz de la expansión durante los años 80 de los

¹⁹⁶ Ver Capítulo IV ut infra.

¹⁹⁷ SIEBER: «Legal Aspects...», cit., pág. 38.

¹⁹⁸ Término castellanizado del anglosajón «privacy», y que se suele utilizar en sentido genérico como equivalente a la intimidad aunque, como afirma DAVARA («Manual de Derecho Informático», cit., págs. 53 y 54), tiene una mayor profundidad que ésta. Así nuestra Ley de 1992 sobre protección de datos personales, LOARTAD, en su exposición de motivos, se refiere a la privacidad como «conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado».

ordenadores personales y la multitud de sistemas informáticos privados existentes, una protección jurídica de la intimidad, y en global de la esfera de lo privado, en el área de los DP (datos personales) e intentando establecer un equilibrio de intereses entre los referentes a la intimidad y privacidad de los sujetos a quienes se refieren los datos y la libertad de información y libertad económica de los poseedores de tales datos personales.

Cierto es que el volumen estadístico de las infracciones que pudieran considerarse como graves a la intimidad y a la privacidad vinculadas a la informática no ha sido, ni lo es, muy elevado, sobre todo en comparación con el correspondiente a las infracciones en el ámbito económico patrimonial, y las ofensas contra la protección de datos son sólo, como afirma SIEBER¹⁹⁹, de una importancia cuantitativa limitada²⁰⁰. No obstante, desde el punto de vista cualitativo, y a tenor de los casos que han salido a la luz pública, la protección de datos personales sigue siendo un tema central a tratar en la sociedad global del riesgo informático y de la información del siglo XXI. El almacenamiento de información sobre pacientes de centros hospitalarios en cuanto a su historial clínico, sobre deudores morosos por parte de compañías de investigación de créditos, o de personas vinculadas o relacionadas con delitos o actividades criminales por parte de los cuerpos, fuerzas o agencias policiales, e incluso su transmisión e intercambio entre las autoridades policiales o judiciales, hace entrar en conflicto una gran variedad de intereses, valores y principios cuya ponderación y evaluación se hace extremadamente difícil. Es exponente de ello el caso peculiar surgido en Italia, en 1986, cuando IBM fue acusada de que su sistema de seguridad RACF representaba un control inadmisiblesobre los empleados y atentaba contra su intimidad, dando lugar a una seria dificultad de evalua-

¹⁹⁹ SIEBER: «Legal Aspects...», cit., pág. 39.

²⁰⁰ Así por ejemplo en Alemania, en 1993, el porcentaje de infracciones de la protección de datos comparado con el número total de casos de delitos informáticos registrados por la policía alcanzaba aproximadamente el 1 %.(*Agencia Federal Criminal (ed.)*, «Estadísticas criminales policiales de 1993», 1994, tabla apéndice 01, hoja 18, figura 7280, cit. por SIEBER: «Information Technology Crime...», cit., pág. 200).

ción y tasación de los intereses y principios en conflicto²⁰¹. Y así vemos que el debate y discusión doctrinal que tradicionalmente se ha llevado a cabo en este campo no sólo tiene que ver con el derecho a la intimidad y a la privacidad, y su protección, sino también con la libertad de información, fuerza motriz del desarrollo cultural, económico y político de la sociedad actual²⁰².

El centro o núcleo de las infracciones contra la privacidad e intimidad ha venido siendo ubicado dentro de las áreas tradicionalmente protegidas por el derecho penal de los *secretos profesionales*, especialmente respecto de médicos, abogados y bancos, y de los *secretos oficiales* y el requerimiento o necesidad de una confidencialidad en los funcionarios, es donde han aparecido más casos de delitos vinculados a la informática a nivel nacional e internacional. Así como ejemplo del primer supuesto, el mal uso de documentos de la «STASI», Ministerio para Seguridad de Estado de la anterior República Democrática Alemana; y del segundo supuesto, el caso sudafricano en el que el autor, presumiblemente a través del robo de cintas magnéticas (es decir por un medio o método no específicamente informático), obtuvo datos médicos y personales de pacientes a los que se les había practicado un test del SIDA, siendo posteriormente los datos e información pasada a los empresarios o jefes laborales de las personas afectadas; o diversos supuestos de descubrimiento y revelación de datos bancarios, que ya aparece en Europa con un caso en 1989 cuando dos empleados de uno de los más importantes bancos suizos, ayudaron a las autoridades fiscales francesas a descodificar cintas magnéticas conteniendo datos de clientes, por una compensación de 500,000 FF.; o en Alemania, que durante 1996 y 1997 se han venido descubriendo casos en los que sus autores intentan conseguir datos bancarios a fin de chantajear a los bancos con la amenaza

²⁰¹ SIEBER: «The International Handbook...», cit., págs. 23 y ss.

²⁰² Así se desprende desde las obras sobre la «sociedad abierta» de STUART MILL («On Liberty», cit.) y POPPER (The Open Society and Its Enemies», 1945), hasta los estudios y consideraciones al respecto de la doctrina actual, SIEBER («Legal aspects...», cit., pág. 39) o MORÓN LERMA («Internet y Derecho Penal...», cit., pág. 78).

de publicar los datos obtenidos, a menudo conteniendo información sobre fraudes fiscales de los clientes del banco en cuestión ²⁰³.

Problemas similares se fueron observando en relación al almacenamiento de *datos sobre usuarios a través de sistemas o redes informáticas, de telecomunicaciones y telemáticas*, pues por un lado su almacenamiento se ha hecho preciso o útil para publicaciones, estadísticas, o incluso investigaciones criminales, y por otro lado, la creciente cantidad de datos transferidos a través de redes informáticas o telemáticas internacionales agrava los riesgos de infracciones a la intimidad o privacidad. Y así los potenciales riesgos contra los *datos personales a través de Internet* hoy están especialmente ilustrados por el uso de aplicaciones ejecutables o «cookies» ²⁰⁴, y que en la mayoría de casos suponen el que estas actividades, y especialmente la transferencia de datos personales del usuario de Internet, son ejecutados sin su consentimiento ni conocimiento.

Pues bien, las disposiciones tradicionales para la protección de secretos solamente cubrían parte del derecho de la personalidad y resultaban ser a todas luces demasiado limitadas para una protección contra los nuevos riesgos y desafíos a la intimidad a tenor de las crecientes posibilidades para obtener, almacenar, conectar y transferir datos personales mediante los sistemas informáticos y telemáticos. Y por ello durante los años 70 y 80 surgieron las primeras reformas legislativas «específicamente informáticas» relativas a la protección de los derechos individuales y la intimidad en particular, en lo que se denominó *legislación de protección de datos*, si bien tal término puede dar lugar a confu-

²⁰³ Casos citados por SIEBER: en «Information Technology Crime...», cit., pág. 423, en «Computer Crime...», cit., pág. 10, o en «Legal Aspects...», cit., pág. 39.

²⁰⁴ Son archivos de texto que almacenan información estática sobre los movimientos de un usuario en Internet. La información almacenada es inicializada por específicos servidores de la web y generada en el momento en que el usuario «llama» a la página web de un servidor. Al ser reconocido el curioso a través del software de la web, esta información es transferida a un servidor de la red. O por el contrario, las aplicaciones pueden ser activadas en el ordenador, acumularse en el sistema y usar información específica y enviarse entonces de forma independiente a través de la red. Los datos que son recogidos por esta vía son a menudo usados para enviar ingentes cantidades de e-mails (fenómeno denominado «spamming»).

sión pues en realidad no se están protegiendo los datos en sí mismos, o la información en ellos contenida, sino a las personas titulares de los mismos y a los que se refiere la información. Así surgieron las leyes generales de protección de datos, algunas de las cuales contienen disposiciones penales, mientras que en otros casos las disposiciones penales formaron parte de reformas de los cuerpos legales penales de los distintos países, y que si bien en un principio solamente venían referidas a datos electrónicamente almacenados, se han ido extendiendo progresivamente en los últimos años a procesamientos manuales de datos. Estas disposiciones generales están completadas por disposiciones de protección de datos en campos específicos, los cuales en parte contienen disposiciones especiales penales, pero en parte solamente se refieren a las disposiciones penales contenidas en las propias leyes generales de protección de datos. Los datos personales, además, muchas veces reciben una protección penal indirecta por preceptos penales generales que no están limitados a los mismos ²⁰⁵.

En muchos países, incluido el nuestro, fueron promulgadas leyes de protección de datos, la mayor parte en los años 1977 a 1981, 1988 y 1992 ²⁰⁶, y que muestra claramente la existencia de problemas comunes

²⁰⁵ Por ejemplo respecto a la conducta del acceso ilegal o hacking y respecto al espionaje informático, que son normalmente tratados en el área económico patrimonial.

²⁰⁶ Un claro exponente de evolución, desarrollo y extensión de la legislación en esta materia se aprecia en la República Federal de Alemania, en donde la primera ley estatal de protección de datos se promulgó en Hesse en 1970, y poco después los demás estados. La Ley Federal de Protección de Datos fue promulgada en 1977 y revisada en 1990, ampliando las disposiciones penales. Siguieron numerosas disposiciones en ámbitos concretos, las cuales aplicaron los principios generales de la ley de protección de datos a campos especiales. Así como regulaciones importantes que contienen disposiciones relativas a la protección de datos pueden destacarse la Ley sobre las Estadísticas para Propósitos Federales de 22 de Enero de 1987, el 10.º Libro del Código de la Seguridad Social de 18 Septiembre de 1980, reformado por la 2.ª Ley de Reforma del Código de la Seguridad Social (SGBÄndG) de 26 de abril de 1994, la Ley de Estructura registral de 16 de agosto de 1980, la Ley de Censo de Población, Profesiones, Edificios, Viviendas y Oficinas de 8 de Noviembre de 1985; desde 1989 varias nuevas Leyes de Policía de los Estados, como la Ley de Policía de Saarland de 8 de Noviembre de 1989 (sus secciones 25 a 40) o la Ley sobre las Funciones y Competencias de la Policía Estatal Bávara de 14

en todos los sistemas legales nacionales que han pretendido subsanarse inicialmente en el ámbito del derecho civil o administrativo, pero en algunos casos también con medidas penales²⁰⁷.

La armonización de leyes nacionales fue considerablemente fortalecida por las actividades de organizaciones internacionales, siendo es-

de Septiembre de 1990 (sus artículos 30 a 49); la Ley sobre la Cooperación de la Federación y los Estados en Materias de la Protección de la Constitución y a través de la Agencia Federal para la Protección de la Constitución (Ley relativa a la Agencia Federal para la Protección de la Constitución) de 20 de Diciembre de 1990, la Ley de Regulación sobre la Protección de datos en Servicios del Servicio Postal de Correos Alemán/ Banco Postal/ Telecomunicaciones de 24 de Junio de 1991, la Ley relativa a los Documentos del Anterior Servicio de Seguridad del Estado de Alemania del Este («STASI») de 20 de Diciembre de 1991, la Ley Contra el Tráfico Ilegal de Drogas y Otras Formas de Crimen Organizado de 15 de Julio de 1992, y concretamente las secciones 98a, 98b, 98c del Código de Procedimiento penal, que fueron introducidas por esta ley, la Ley sobre el Aprovechamiento de Beneficios Financieros procedentes de Delitos Graves (Ley de Blanqueo de Dinero) de 25 de Octubre de 1993, y la Ley de reforma del Código penal, el Código Procesal penal y otras leyes (Ley de Prevención del Crimen) de 28 de Octubre de 1994, especialmente las secciones 474 y ss. del Código Procesal penal que fueron reformadas por esta ley. Una resolución en materia censal del Tribunal Federal Constitucional de 1983 contribuyó más que cualquier otra cosa a este desarrollo, porque declaró que cualquier interferencia con el derecho de los ciudadanos a «determinar su propia información» (el cual fue por primera vez reconocido por la decisión) requería una base explícita legal (Decisiones del Tribunal Federal Constitucional (BVerfGE), Volumen 65, págs. 1 y ss.).

²⁰⁷ Así cabe también hablar de las normativas de Suecia de 1973, la de EE.UU de 1974 (en una ley especial), Dinamarca, Francia, Noruega y Austria de 1978, Luxemburgo de 1979, Islandia y Israel de 1981, Australia de 1982, San Marino de 1983, Gran Bretaña de 1984, Canadá de 1985, Finlandia de 1987, Irlanda, Japón, y Holanda de 1988, Islandia de 1989, Eslovenia de 1990, Portugal de 1991, Bélgica, Suiza, España, Eslovaquia, la República Checa y Hungría de 1992. Una detallada información sobre estas reformas legales vienen en los artículos recogidos en SIEBER: «Information Technology Crime...», en particular sobre Bélgica *Spreutels* (pág. 63), Canadá *Piragoff* (pág. 120), Finlandia *Pihlajamäki* (págs. 157, 159, 165), Francia *Francillon* (págs. 179 y ss.), Gran Bretaña *Wasik* (pág. 499), Hungría *Kertész/Pusztai* (págs. 252 y ss.), Israel *Lederman/Shapira* (pág. 327), Holanda *Kaspersen* (pág. 317), Luxemburgo *Jaeger* (pág. 327), España *Gutiérrez Francés* (págs. 431 y ss., y 358), Portugal *Faria Costa* (págs. 396 y ss.), Suiza *Roth* (págs. 471 y ss.), y EE.UU. *Wise* (págs. 439, 525 y ss.), y Suecia *Jareborg* (pág. 443).

pecialmente importantes el Convenio (108) del Consejo de Europa, para la protección de las personas con relación al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, de 28 de enero de 1981, las Directrices de la OECD de 1980, las Directrices de la ONU de 1992, y las Directivas de la Unión Europea, concretamente la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea sobre protección de datos de 24 de octubre de 1995²⁰⁸.

Además, una comparación de las diferentes actividades internacionales y las legislaciones nacionales muestra que éstas fueron aprobadas al mismo tiempo o después de las recomendaciones internacionales, por lo que de hecho en la armonización internacional en esta materia, así como respecto a los delitos informáticos en el área económico patrimonial como veremos más adelante²⁰⁹ fueron decisivos el intercambio intelectual y la cooperación de los representantes competentes de los países durante la preparación de las recomendaciones.

Así, concretamente en España, tales directivas y acuerdos internacionales y supranacionales dieron fundamento a la correspondiente, aunque de forma tardía, primera Ley de protección de datos, Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de «Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos Personales» (LORTAD), instituida por lo demás en desarrollo del mandato constitucional del artículo 18.4 de la Constitución española²¹⁰, y que contenía los principios, los derechos y las garantías para la protección de datos personales en sistemas de tratamiento automatizado²¹¹, e incluso contenía en su Título VII una previsión de

²⁰⁸ Diario Oficial de las Comunidades Europeas, serie L, núm. 281, de 23 de noviembre de 1995, págs. 31 a 50.

²⁰⁹ Ver Capítulo V ut infra.

²¹⁰ Señala dicho precepto que «La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

²¹¹ Aunque su ámbito de aplicación puede extenderse a ficheros no sometidos a tratamiento automatizado cuando así lo disponga el Gobierno, previo informe del Director de la Agencia de Protección de Datos, a tenor de la Disposición Final Segunda de la propia Ley.

infracciones y sus correspondientes sanciones, pero dentro del estricto ámbito administrativo sancionador a imponer por la Agencia de Protección de Datos, instituida por dicha Ley.

Ante las críticas generalizadas, incluso de inconstitucionalidad, de muchos de sus preceptos, tanto por parte de la doctrina especializada, como las expuestas por DAVARA RODRÍGUEZ²¹² o ULL PONT²¹³, como de grupos políticos de peso parlamentario, por entonces en la oposición, como el Grupo Popular, o incluso tal apreciación por instituciones públicas, como el Defensor del Pueblo, que el 28 de enero de 1993 llegó a interponer un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 19.1. y contra los incisos «funciones de control y verificación de las Administraciones Públicas» y persecución de «infracciones administrativas», así como el primer párrafo del artículo 22.2, ambos de dicha Ley, con el cambio de legislatura y de gobierno como resultado de las elecciones generales de 1996, se procedió a la revisión de aquella normativa y a la consecuente elaboración de una nueva Ley que ha sido promulgada recientemente, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos personales, o LOPDAT, B.O.E. del día 14 de diciembre de 1999, y que, conforme a lo dispuesto en su Disposición Derogatoria única (Derogación normativa), derogó expresamente la LORDAT a partir de la entrada en vigor de la misma el 14 de enero del 2000 (en el plazo de un mes contado desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado, conforme a la Disposición final tercera de la LOPDAT).

Si bien la nueva normativa introduce modificaciones en el texto con respecto a la derogada, siguiendo no obstante un esquema prácticamente idéntico, en aras a pretender solventar las tachas de inconstitucionalidad o falta de adecuación a las normativas internacionales de la antigua Ley, lo cierto es que en muchos aspectos la nueva normativa no ha sido más que un nuevo maquillaje formal de la regulación de la protección de los datos personales en cuanto cumplimiento de los mandatos constitucionales de protección de la intimidad, y podemos seguir

²¹² DAVARA RODRÍGUEZ: «Manual de...», cit., págs. 69 a 102.

²¹³ ULL PONT, E.: «Derecho Informático» (Informática y Derecho para investigadores), Vol. II, P.F.P., U.N.E.D., Madrid, 1996.

apreciando ámbitos o aspectos reguladores en la nueva Ley que siguen siendo susceptibles de ser tachados de anticonstitucionales o quebrantadores de tales mandatos constitucionales y de la prevalencia del derecho a la intimidad frente al derecho a la información. Y si bien ambos derechos tienen en nuestro ordenamiento jurídico un reconocimiento constitucional entre los derechos fundamentales y libertades públicas, que conforme al artículo 53.1 de nuestra Carta Magna vinculan a todos los poderes públicos y cuyo ejercicio debe ser regulado por ley, mientras el derecho a la intimidad personal y familiar viene garantizado plenamente en el art. 18.1, de la Constitución sin inicial cortapisa ni limitación alguna, e incluso haciéndose expresa mención en el apartado 3 del mismo precepto de un refuerzo en tal protección con referencia al uso de la informática, al sostener que la ley limitará tal uso para garantizar, entre otros derechos, el de la intimidad personal y familiar²¹⁴, el derecho a la información, entendido como derecho a la libertad de información reconocido en el artículo 20.1.d de la Constitución tiene establecido, al igual que las demás libertades públicas reconocidas en dicho precepto, una limitación de idéntica entidad constitucional en el apartado 4 del reiterado último precepto, al afirmar que «estas libertades tienen su límite en el respeto a los Derechos reconocidos en este Título (Título I), en los preceptos de las leyes que los desarrollen y, especialmente, en el derecho..., a la intimidad,...».

Consecuentemente, aún siendo ambos derechos objeto de reconocimiento y protección constitucional, el derecho a la libertad de información, al igual que el de expresión, está limitado precisamente por, entre otros, el respeto al derecho a la intimidad, por lo que en caso de conflicto entre estos derechos, debería prevalecer el derecho a la intimidad frente al derecho a la información cuando éste suponga un quebranto del respeto a aquél. Mas tal aseveración, de facto, no es absolu-

²¹⁴ Y en desarrollo de tal mandato constitucional se han promulgado la LORTAD y en su sustitución la LOPDAT, en cuyo artículo 1 se indica que la misma «tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar».

ta. Y así en cuanto al derecho a la intimidad, por un lado hay que limitarla a los términos de personal y familiar, esto es la parte más reservada o más particular, propia o privativa, de los pensamientos y afectos o asuntos interiores de una persona, familia o colectividad, que constituye una esfera de la persona ajena a la vida socio-política organizada, cuyo conocimiento por terceros no afecta a las necesidades propias de una sociedad democrática; sin embargo tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la del Tribunal Constitucional reconocen la existencia de una protección diferenciada entre los supuestos que afectan a «personas públicas» o afectan a «personas privadas», así como dependiendo de la «notoriedad» o no de los datos personales, lo que hace que tal protección no pueda tener el mismo alcance para todos.

Por otro lado, se ha utilizado en sustitución del término intimidad otro término mucho más amplio como necesitado de protección legal, el ya visto de la «privacidad», y tanto por la doctrina especializada ya citada²¹⁵, como por el legislador²¹⁶, o incluso ya la más reciente jurisprudencia²¹⁷. Por lo que, en consonancia, va a constituir el objeto del derecho a la intimidad las zonas de retiro y secreto que conforman las facetas de la vida personal y familiar de un sujeto.

Mas en tales términos, y partiendo pues de un concepto del derecho a la intimidad basado en la protección de las zonas de retiro y secreto, el mismo debe ser completado con la facultad de autocontrol o autonomía del sujeto respecto a la facultad que tiene de permitir el acceso a terceros a dichas zonas y su capacidad de ejercer un control sobre la misma, y que conforma lo que algunos autores, como MORALES

²¹⁵ MORALES PRATS, DEL PESO NAVARRO, DAVARA RODRÍGUEZ, o MORÓN LERMA, en España, WACKS, SIEBER o KASPERSEN en Gran Bretaña, Alemania y Holanda respectivamente, entre otros.

²¹⁶ Exposición de motivos de la LORTAD.

²¹⁷ Como la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 234/1999, de 18 de febrero de 1999, Ponente Sr. Jiménez Villarejo, en el análisis de un supuesto subsumible para la Sala en los delitos contra la libertad informática o «habeas data» entre los ilícitos de descubrimiento y revelación de secretos, Fundamento de Derecho Segundo, in fine.

PRATS²¹⁸, han designado como elementos positivos y negativos de la *privacy*. Y ello se trasluce asimismo de los términos en los que la legislación española, incluso la penal (así el artículo 197.2 del Código Penal de 1995), contemplan la recriminación y sanción del quebranto del consentimiento del sujeto en la captación de datos referentes a la intimidad personal y familiar. E incluso la propia LORTAD y la LOPDAT en sus respectivos artículos 6 establecen el requerimiento del «consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa» (las denominadas excepciones). Pero es que además tanto el artículo 16.2 de nuestra Constitución como de su conformidad el artículo 7.1 de la LORTAD consideran como datos especialmente protegidos, y sobre los que nadie está obligado a declarar, los relativos a su ideología, religión o creencias; y a los mismos hay que añadir los relativos a la raza, la salud y la vida sexual, cuya recopilación requiere dicho consentimiento o una habilitación legal expresa fundada en razones de interés general (apartado 3 del último precepto citado).

Sirva como botón de ejemplo de la práctica similitud entre las dos normas, la LORTAD y la LOPDAT, así como la posibilidad de seguir manteniendo muchas de las críticas y tachas que se efectuaban a la anterior legislación, por un lado la regulación de la protección de los llamados datos sensibles, y por otro las excepciones a la protección en referencia a los ficheros de titularidad pública.

Respecto al primer aspecto, tales datos, denominados también «especialmente protegidos»²¹⁹, o «secretos profundos o reservados»²²⁰, han venido siendo regulados tanto en la LORTAD como en la LOPDAT en sus respectivos artículo 7, con modificaciones y adiciones en el último texto citado, pero en atención a distinguir dos grupos o categorías de datos:

En primer lugar los que figuran en el apartado 2 del art. 16 de la Constitución, esto es, **los datos relativos a la ideología, religión y creen-**

²¹⁸ MORALES PRATS: «La tutela penal de la intimidad...», cit., o MORÓN LERMA: «Internet y Derecho Penal...», cit., pág. 51, en cita al anterior.

²¹⁹ Según el texto de la rúbrica del artículo en la propia LOPDAT.

²²⁰ DAVARA RODRÍGUEZ: «Manual de...», cit., pág. 53.

cias, y sobre los cuales, que conforme al apartado 1 del citado art. 7 de la LOPDAT (que no ha alterado el contenido ni texto de su predecesor legal), «*nadie puede ser obligado a declarar*» y que en caso de requerirse al afectado para darlos «*se advertirá al interesado acerca de su derecho a no prestarlo*». Ello se encuentra en línea con lo previsto en el art. 6 del Convenio de Estrasburgo, estableciéndose además en el apartado 2 del art. 7 la necesidad del consentimiento expreso y por escrito del afectado. Esta prescripción en el texto de la LOPDAT, por un lado ha sido ampliada también a los datos referentes a la **afiliación sindical**, y por otro lado se ha introducido una excepción respecto a «*los ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o comunidades religiosas y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, en cuanto a los datos relativos a sus asociados o miembros, sin perjuicio de que la cesión de dichos datos precisará siempre el previo consentimiento del afectado*».

En segundo lugar los datos referentes al **origen racial, a la salud y a la vida sexual** que, aunque también requieren el consentimiento del titular para poder ser recabados, excepcionalmente podrán serlo, así como tratados y cedidos cuando así lo disponga una Ley por razones de interés general (apartado 3 del art. 7), con prohibición expresa (apartado 4) de ficheros con la finalidad exclusiva de almacenamiento de tales datos (completando la LOPDAT el alcance a los datos de **afiliación sindical** y al origen racial o étnico); todo ello está en consonancia con lo dispuesto en el art. 8.1 de la Directiva 95/46/CE ya citada, aunque, como sostiene ULL PONT²²¹, por vía de las excepciones se intenta dejar vacías de contenido las indicadas garantías.

Pues bien, en el apartado 5 del art. 7 se continúa estableciendo una limitación referida a los **datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas** que «*sólo podrán ser incluidos en ficheros de las Administraciones públicas competentes en los supuestos previstos en las respectivas normas reguladoras*», esto es en los órganos concretos de la Administración de Justicia y penitenciaria y para sus fines propios, determinados por las disposiciones reguladoras respecti-

²²¹ ULL PONT: «Derecho Informático»..., cit., pág. 43.

vas, garantizándose consecuentemente lo dispuesto en el art. 6 in fine del Convenio de Estrasburgo.

Pero el texto de la LOPDAT incluye un novedoso apartado 6, en donde se establece una **excepción general** a todas las medidas protectoras establecidas con anterioridad en los apartados 2 y 3 del mismo precepto respecto a **todos los datos personales, salvo los relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas**, y no como podría parecer en un principio limitado al segundo grupo de los datos personales citados, los referentes al origen racial, a la salud y a la vida sexual, en cuanto al **tratamiento de tales datos personales**, cuando dicho tratamiento:

a) **resulte necesario:**

- para la prevención o el diagnóstico médicos,
- la prestación de asistencia sanitaria ,o
- la prestación de tratamientos médicos

Con un requisito: «siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto».

b) **sea necesario** para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona, en el supuesto de que el afectado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento; término éste último de «jurídicamente incapacitado» que debe ser interpretado con el máximo rigor y de forma restrictiva, v.g. al incapacitado judicialmente por enfermedad o discapacidad mental, y no a todos los supuestos en los que conforme al derecho civil no puede emitirse el consentimiento como manifestación de voluntad de forma válida, plena y eficaz, pues ello, por ejemplo, podría suponer la **automaticidad de la aplicación del precepto para los casos de menores de edad los cuales estarían totalmente desprotegidos de su derecho constitucional a la intimidad al no requerirse ni tan siquiera el consentimiento de quienes deben suplir aquél (padres, tutores,...)** ²²².

²²² Este último apartado tiene una cierta conexión con las prescripciones del artículo siguiente de la LOPDAT, el 8.º, referente a los datos relativos a la salud, permitiendo el que las instituciones y los centros sanitarios públicos y privados (con independen-

En cuanto al segundo aspecto, los «ficheros de utilidad pública», a tenor de lo dispuesto en el art. 18 de la LORTAD (y 20 de la LOPDAT), podemos afirmar inicialmente que los mismos están sujetos a unos formalismos y publicidad que les hace, en principio, merecedores de confianza. Sin embargo, a partir del art. 19 de la LORTAD (al igual que actualmente a partir del art. 21 de la LOPDAT, y como veremos en muy similares términos) aparece un régimen de excepciones a los principios protectores establecidos en ambas disposiciones, que hace sostener a algún autor, como DAVARA RODRÍGUEZ²²³, la existencia de limitaciones en el ejercicio de los derechos reconocidos a los ciudadanos, cuando se trata de ficheros de titularidad pública.

En principio la regulación establecida en el art. 20 de la LOPDAT para la creación, modificación y supresión de ficheros es muy similar, por no decir idéntica, a la que venía prevista en el art. 18 de la LORTAD, habiéndose limitado el nuevo precepto a las siguientes modificaciones:

— en los apartados 2, letras d) y f), y 3, se ha eliminado el calificativo de «automatizado» que se le daba a los ficheros, en la línea estructural de la nueva normativa de ser aplicable a todo tipo de ficheros, automatizados o no.

— en el apartado 2, letra e), se ha ampliado el requisito de indicarse el área de cesión de datos también a las transferencias de datos a terceros países.

— en el apartado 2, letra g), se amplía la indicación de los servicios o unidades ante las que ejercitar derechos, también en relación al derecho de «oposición».

— se añade una nueva letra h) a este apartado 2, que recoge la obligación de indicarse «las medidas de seguridad con indicación del nivel

cia de las disposiciones referentes a la cesión de datos en el art. 11) procedan «al tratamiento de los datos de carácter personal relativos a la salud de las personas que a ellos acudan o hayan de ser tratados en los mismos, de acuerdo con lo dispuesto en *la legislación estatal o autonómica sobre sanidad*» (el subrayado es propio para señalar la modificación del texto respecto al de la LORTAD en donde se refería expresamente a diversas disposiciones y normativas específicas), lo cual es conforme al art. 6 del Convenio de Estrasburgo.

²²³ DAVARA RODRÍGUEZ: «Manual de...», cit., pág. 82.

básico, medio o alto exigible»; extremo, el de la seguridad que era prácticamente ignorado con anterioridad y que viene a mostrar el afán o permeabilidad del legislador en las recientes recomendaciones de organismos internacionales como el Consejo de Europa o la Unión Europea, y de corrientes legislativas del derecho comparado en la concienciación de una necesaria actuación en materia de seguridad y prevención de comportamientos ilícitos.

No obstante las indicadas modificaciones, sigue siendo criticable el que conforme al apartado 3 pueda establecerse en las disposiciones que se dicten para la supresión de los datos, el destino de los mismos sin requerir el consentimiento del afectado.

Un segundo grupo de modificaciones se aprecian en el art.21 de la LOPDAT en donde, una primera es meramente estética, pues si bien a diferencia del anterior art. 19 de la LORTAD que aludía a la «cesión» de datos entre Administraciones Públicas, ahora se alude a la «comunicación» de los datos de carácter personal, que de facto es lo mismo. Las fundamentales vienen referidas al apartado 1 y al nuevo apartado 4, pues continúa el apartado 2 de este art. 21, como el del anterior art. 19, permitiendo la comunicación de los datos que una Administración Pública obtenga o elabore con destino a otra.

En cuanto al apartado 1, al permitirse en determinadas circunstancias tal comunicación, pues por un lado se amplían al supuesto de «cuando la comunicación tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos», y por otro desaparecen del texto de la norma dos términos que habían sido la base y objeto de profunda crítica i incluso de tacha de inconstitucionalidad del anterior precepto: el calificativo de «posterior» y la categoría de «igual rango» de la disposición que regule el uso del fichero y prevea tal cesión o comunicación. Por lo que se ha mejorado en parte la previsión legal de la excepción de las garantías, si bien pueden seguirse argumentando un quebranto del requisito establecido en el art. 20.a) de la propia LOPDAT (como antes se efectuaba del art. 18.a) de la LORDAT), pero no así del contenido del art. 4.2 que ha sido modificado en la LOPDAT y ya no se refiere a «finalidades distintas» sino a «finalidades incompatibles», lo cual constituye no obstante la utilización de un concepto jurídico indeterminado que vulnera el principio de seguridad jurídica, y continua, aunque en menor medida, otorgando preferencia a la arbi-

triedad de las Administraciones Públicas frente a los principios constitucionales conforme a los arts. 18.4 y 53.1 de nuestra Carta Magna.

Pero es que además, si bien con respecto al apartado 3 continuamos, dada su idéntica redacción al anterior 19.3 de la LORTAD, en la inseguridad jurídica sobre lo que se va a hacer con los datos personales de cualquier ciudadano, incluso respecto a los ficheros de titularidad privada, al permitirse «cuando una ley prevea otra cosa» que se prescinda del consentimiento del interesado, es que se establece ya expresamente en un nuevo apartado 4, la no necesidad del consentimiento del afectado para la comunicación en los supuestos de los apartados 1 y 2. Y si la Ley todavía permite la cesión-comunicación de datos personales entre las Administraciones Públicas —aunque exija la teórica defensa de que será necesario que «la comunicación hubiere sido prevista por las disposiciones de creación del fichero o por disposición de superior rango que regule su uso»— hay que continuar suscribiendo en parte las afirmaciones del profesor DAVARA RODRÍGUEZ en el sentido de que *se podría llegar, mediante un sencillo tratamiento legislativo, administrativo y burocrático, con la connivencia del ejecutivo, a establecer un fichero de control único, al que el poder tendría acceso, que permitiera controlar, en su totalidad e integridad, los datos de los ciudadanos, comparándolos y sometiéndoles a procesos que harían temblar las más resistentes bases de apoyo de un régimen democrático, que conduce a lo que dicho autor califica como dictadura tecnológica, que, sostiene, no es una posibilidad, sino una triste realidad de llegar a esta figura, poco comentada y muy dañina para el régimen de libertades, y que considera como la peor de las dictaduras; de un lado, porque el ciudadano puede no ser consciente de su existencia y sufrir sus consecuencias mediante un implacable control de sus actividades, e incluso, previsión de sus futuros movimientos en unos ámbitos determinados; de otro lado, porque la dificultad de desmontar este control tecnológico es tan grande, que puede llevar aparejada una aceptación como mal menor, ante la situación de inseguridad que produciría la vuelta atrás en poco tiempo, debido al bloqueo de actividades e instituciones que puede traer*²²⁴.

²²⁴ DAVARA RODRÍGUEZ: tanto en «Manual de...», cit., nota 70, págs. 83 y 84, como en la «Columna del Director», Revista Actualidad Informática Aranzadi, núm. 2, Editorial Aranzadi, Pamplona, enero, 1992, pág. 2.

Un tercer grupo de modificaciones ha tenido lugar en las excepciones referentes a los ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del art. 22 de la LOPDAT, 20 de la LORTAD, si bien la primera de ellas es la supresión del calificativo «automatizado» respecto a los ficheros o tratamiento de datos en los apartados 1 y 2 del precepto, en adecuación al cambio de orientación ya vista en el ámbito más extenso de aplicación de la Ley, continuando en lo demás los apartados 1, 2 y 4 en sus mismos términos y redacción que en la legislación anterior, y la única modificación viene referida al apartado 3, en donde se ha añadido la cláusula «sin perjuicio del control de legalidad de la actuación administrativa o de la obligación de resolver las pretensiones formuladas en su caso por los interesados que corresponden a los órganos jurisdiccionales». Pues bien, ello supone:

— Que al apartado 1 podamos continuar efectuando las críticas sostenidas respecto de la LORTAD en el sentido que discrecional e impunemente se pueden recoger cualesquiera datos, bajo la pretendida justificación de *para fines administrativos*, sin necesidad de consentimiento ni de justificación, convirtiendo en regla general de impunidad por parte de la Administración, la excepcional y justificada situación de necesidad para una sociedad democrática.

— Admitir la excepción del apartado 2 de conformidad con el art. 9.2 del Convenio Europeo (108) de Protección de las personas con relación al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, o Convenio de Estrasburgo, de 28 de enero de 1981.

— El sometimiento de la recogida y tratamiento de datos de carácter personal para fines policiales tanto al control de legalidad administrativa como a la posibilidad de impugnación o revisión de la actuación por parte de los órganos jurisdiccionales, evitando con ello una impunidad de la Administración en tal actividad que podía apreciarse y así se criticaba a tenor del texto de la LORTAD. Como afirmaba DAVARA RODRÍGUEZ²²⁵ en referencia al apartado 4 del entonces artículo 20, el mismo entraba de lleno en una total ambigüedad cuando hacía refe-

²²⁵ DAVARA RODRÍGUEZ: «Manual de...», cit., pág. 84.

rencia a que los datos personales registrados «con fines policiales» se cancelarán cuando «no sean necesarios» para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento, sin establecer control alguno; porque quién, cómo y cuándo está facultado para decidir esa necesidad? Ahora ya se recoge expresamente, aunque de forma indeterminada, unas limitaciones en evitación de la arbitrariedad e impunidad.

Expuestas sucintamente las modificaciones operadas con la nueva normativa en la regulación inicial y genérica de los ficheros de titularidad pública, el concreto régimen de excepciones viene establecido en los actuales artículos 23 y 24 de la LOPDAT, en idénticos términos a como venían establecidas en la LORTAD (arts. 21 y 22), inicialmente amparadas en la posibilidad reconocida por el Convenio de Estrasburgo de establecer excepciones y restricciones en el ejercicio de los derechos reconocidos a las personas concernidas, siempre y cuando se cumplan unas condiciones, y que parten del principio de que se trate de una medida necesaria en una sociedad democrática y que se establezcan mediante una ley, conforme al art. 9.1 del citado Convenio.

Así en cuanto a los derechos de acceso, rectificación y cancelación, el que el apartado 1 del art. 23 permita a los responsables de los ficheros que contengan los datos a que se refieren los apartados 2, 3 y 4 del artículo anterior, *«denegar el acceso, la rectificación o la cancelación en función de los peligros que pudieran derivarse para la defensa del Estado o la seguridad pública, la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando»*, supone el continuar tachando de inconstitucional este apartado, pues no quedan amparados los datos sensibles protegidos por el art. 16.2 de la Constitución.

La segunda excepción, la que viene recogida en el apartado 2 del mismo precepto, permitiendo a los responsables de los ficheros de la Hacienda Pública denegar el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación *«cuando obstaculice las actuaciones administrativas tendientes a asegurar el cumplimiento de las obligaciones tributarias y, en todo caso, cuando el afectado esté siendo objeto de actuaciones inspectoras»*, como afirma la doctrina, cabe entender que está basada en la permisividad a que puede llevar una interpretación amplia del artículo 9, apartado 2.a) del Convenio Europeo de Protección de datos, al indicar que podrán dejarse sin efecto tales derechos *«para proteger la seguridad del Estado, para la seguridad pública, para los intereses monetarios del Estado o para la repre-*

sión de los delitos», concretamente respecto a los citados intereses monetarios, y en consonancia con el artículo 13 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, que lo amplía y complementa, al indicar, bajo el epígrafe de «excepciones y limitaciones», que «los Estados miembros podrán adoptar medidas legales para limitar... los derechos previstos... en los artículos 12 (derecho de acceso)... cuando tal limitación constituya una medida necesaria para la salvaguardia de: a) la seguridad del Estado, b) la defensa, c) la seguridad pública, d) la prevención, la investigación, la detección y la represión de infracciones penales o de las infracciones de la deontología en las profesiones reglamentadas, e) un interés económico y financiero importante de un Estado miembro o de la Unión Europea, incluidos los asuntos monetarios, presupuestarios y fiscales, f) una función de control, de inspección o reglamentaria relacionada, aunque sólo sea ocasionalmente, con el ejercicio de la autoridad pública en los casos a que hacen referencia las letras c), d) y e), g) la protección de los interesados o de los derechos y libertades de otras personas».

No obstante, como afirma DAVARA RODRÍGUEZ²²⁶, hay que entender que la restricción es muy amplia y la interpretación del Convenio y de la Directiva generosa en la ambigüedad, lo que convierte a estos artículos de la Ley, y, en particular a todas las estipulaciones sobre el tratamiento de datos en ficheros de titularidad pública, en polémicos en exceso.

En cuanto al apartado 3 del art. 23, en el que se sigue reconociendo el derecho del afectado a acudir, «poner en conocimiento», dice el texto, al Director de la Agencia de Protección de Datos, o del órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma, en el caso de los ficheros policiales o tributarios, para que se asegure de la procedencia o no de la denegación de estos derechos de información y acceso, lo cierto es tal regulación es incompleta pues el art. 8.d) del Convenio de Estrasburgo recoge que el afectado «debe disponer de un recurso si no

²²⁶ DAVARA RODRÍGUEZ: «Manual de...», cit., pág. 84.

es atendido»; y tal extremo no se asegura en nuestra normativa patria, pues la puesta en conocimiento sólo supone que el Director de la Agencia o, en su caso, su equivalente en la Comunidad Autónoma, pregunte sobre la procedencia o improcedencia de su denegación, pero sin posibilidad de verificar la posible arbitrariedad de la respuesta. Pero es que además, esta garantía es puramente teórica al no existir una auténtica independencia del órgano de control (la Agencia de Protección de Datos u órgano correspondiente de las Comunidades Autónomas), y no existir una definición concreta y tasada de las necesidades previstas que supongan la suspensión de estos derechos de información y acceso.

En cuanto a «otras excepciones a los derechos de los afectados», rúbrica del art. 24, en el apartado 1 de dicho precepto deja vacío de contenido el derecho de información del concernido, reconocido en el art. 5.1 y 2 en referencia a la recogida de datos «cuando la información al afectado impida o dificulte gravemente el cumplimiento de las funciones de control y verificación de las Administraciones Públicas o cuando afecte a la Defensa Nacional, a la Seguridad pública o a la persecución de infracciones penales o administrativas»; argumentos que según ULL PONT²²⁷ en referencia al art. 22 de la LORTAD, de idéntico texto y contenido, no justifican conforme al Convenio de Estrasburgo una excepción al derecho invocado, y menos para perseguir las infracciones administrativas, que no entran dentro de las excepciones admitidas por el art. 9 del mencionado Convenio. Además, sostiene dicho autor que dificultar las funciones de control y verificación, no entran dentro de las necesidades para la protección de la seguridad del Estado democrático o de la seguridad pública, ni del orden monetario o para la represión penal, y ni siquiera los términos utilizados son suficientemente concretos, sino más bien conceptos difusos que pueden extender su campo tanto como los responsables de la Administración quieran, con lo que, concluye que la arbitrariedad de la Administración para «el control y verificación» es completa, y queda sin protección el contenido constitucional del art.

²²⁷ ULL PONT: «Derecho Informático...», cit., págs. 57 y 58.

18.4. Y en cuanto a la previsión del apartado 2 de no ser de aplicación el derecho de acceso a su propios datos automatizados (art. 14), y el derecho de rectificación o de cancelación (art. 15.1) «*si, ponderados los intereses en presencia, resultase que los derechos que, dichos preceptos conceden al afectado hubieran de ceder ante razones de interés público o ante intereses de terceros más dignos de protección*», no es sostenible, pues no parece lícito que se pretenda anularlos como excepción invocando «intereses, «razones de interés público», «intereses de terceros», esto es ni siquiera invocando derechos, o razones de necesidad, tales términos permiten cualquier interpretación, y, ni siquiera cabe la relevancia de los «intereses», o de las «razones».

Hay pues que continuar sosteniendo que tales argumentaciones corresponden al imperio de la arbitrariedad de los poderes públicos, son contrarias al Convenio de Estrasburgo, y vulneran el arts. 18.4. y 53.1 de la Constitución, pues a los derechos protegidos no les queda ni su contenido esencial. Y tal inconstitucionalidad es manifiesta, aunque seguidamente se afirme que «*si el órgano administrativo responsable del fichero automatizado invocase lo dispuesto en este apartado, dictará resolución motivada e instruirá al afectado del derecho que le asiste a poner la negativa en conocimiento del Director de la Agencia de Protección de Datos o, en su caso, del órgano equivalente de las Comunidades Autónomas*», lo cual constituye una leve e ineficaz garantía formalista en razón a los argumentos expuestos con anterioridad.

Manteniéndose el contenido del precepto en la LOPDAT debe continuar afirmándose que es contrario a la defensa y ejercicio del derecho a la intimidad constitucionalmente reconocido, y que la efectividad de la Ley y la defensa de la intimidad, que teóricamente debería proteger, ante el tratamiento de datos de carácter personal, se vuelven dudosas, en el caso de los ficheros de titularidad pública.

El análisis de las diferencias todavía existentes entre los sistemas legales nacionales, en particular en la legislación penal, muestra una importante diferencia entre las leyes de protección de datos Europeas, y las Angloamericanas y de Japón, pues mientras que éstas usan disposiciones penales con carácter muy restrictivo, las leyes de protección de datos Europeas imponen sanciones penales con mayor frecuencia e incluso para muchas violaciones de disposiciones de naturaleza puramente civil y administrativa, por lo que, como ya afirmara SIEBER en su momen-

to²²⁸, se incumple la clásica función de «ultima ratio» de la ley penal y los requisitos de certeza propios de disposiciones penales, siendo precisa una descriminalización en el ámbito europeo, limitando la ley penal a violaciones claramente determinables y graves de la protección de datos, como ya se sostuvo de forma similar en resoluciones adoptadas durante el Coloquio de la AIDP sobre el Delito Informático en Würzburg en 1992 y durante la 15.^a Conferencia Internacional sobre la Ley Penal en Rio de Janeiro en 1994²²⁹, y sostiene parte de la actual doctrina especialista en la materia²³⁰.

Actualmente, dentro de este área de las infracciones criminales a la intimidad en cuanto protección de datos que contienen información relativa a la intimidad o privacidad de las personas, y dejando consecuentemente al margen conductas atentatorias a secretos oficiales o comerciales empresariales o industriales, siguiendo a SIEBER²³¹ podemos diferenciar los siguientes grupos o categorías en los cuales tienen reflejo disposiciones penales:

a.- Infracciones de los Derechos Sustantivos de la Intimidad (sancionándose el descubrimiento, difusión, obtención o acceso de forma ilegal a datos personales, su uso ilícito, la entrada, modificación ilegal y/o falsificación de los mismos con intención de causar un perjuicio, o incluso los supuestos graves de almacenamiento, grabación o colección de datos, o datos incorrectos, de forma ilegal). Tiene normalmente una configuración de ilícitos penales en la inmensa mayoría de países.

b.- Infracciones de los requisitos formales legales impuestos por las autoridades administrativas supervisoras de las actividades informáticas o telemáticas, o por disposiciones civiles o administrativas. Normalmente no tienen más que una configuración de ilícito administrativo o civil, imponiéndose como mucho sanciones administrativas.

²²⁸ SIEBER: «Computer Crime...», cit., pág. 12.

²²⁹ El texto de la Resolución de Würzburg está publicado en SIEBER: «Information Technology Crime...», cit., págs. 630 y ss.

²³⁰ Como por ejemplo concluye MORÓN LERMA: «Internet y Derecho Penal...», cit., aunque de forma excesiva, en referencia al hacking y otras conductas ilícitas en la red atentatorias a la intimidad personal, pág. 139.

c.- Infracciones de los derechos de acceso (los derechos de acceso a la información o a la libertad de información, tipificándose comportamientos como el de dar información falsa o negar información a la que se tiene derecho). Tienen una consideración desigual en los distintos ordenamientos jurídicos, constituyendo normalmente infracciones penales en muy pocos supuestos.

d.- Negligencia en la adopción de medidas de seguridad informáticas. Normalmente no se prevé su sanción, ni administrativa ni penal, salvo que se trate de ficheros pertenecientes a organismos públicos²³².

En España, la protección penal actual en esta materia, no se encuentra incluida como hemos visto en la LORTAD, sino en el propio Código Penal, concretamente en el artículo 197²³³, en donde se prevén las siguientes incriminaciones:

1.- Apartado 1, inciso primero: *Delito de apoderamiento de secretos documentales personales*: «El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales (...) será castigado con las penas de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses». En la clásica y tradicional figura básica de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos personales, atentatorios contra la intimidad de las personas, se introducen dos novedades vinculadas a los medios informáticos y las nuevas tecnologías de telecomunicación; la primera, como sostiene SERRANO GÓMEZ²³⁴ en cuanto protege una extensa gama de soportes que contengan secretos de una persona a tenor de la nueva conceptualización de

²³¹ SIEBER: «Legal aspects...», cit., págs. 64 y ss.

²³² Salvo en algunos países, como Luxemburgo, Dinamarca o Italia, en cuya legislación de protección de datos no sólo se sancionan estas infracciones con multa administrativa, sino incluso con sanciones penales los supuestos más graves (SIEBER, ult., *op. cit.*, pág. 67).

²³³ Dentro del Título X, «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», Capítulo I, «Del descubrimiento y revelación de secretos», arts. 197 a 201.

²³⁴ SERRANO GÓMEZ, A.: «Derecho Penal. Parte Especial», Editorial Dykinson, Madrid, 3.ª edición, Agosto, 1998, pág. 241.

documento recogida en el art. 26 del nuevo Código Penal²³⁵; y la segunda en cuanto a la incorporación expresa de los mensajes de correo electrónico como objetos sobre los que puede recaer la acción de apoderamiento por parte del sujeto activo; siendo lo más importante y determinante del precepto el específico elemento subjetivo del injusto constituido por la finalidad de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro. No obstante, va a ser difícil configurar alguna modalidad subsumible en esta figura como un delito del riesgo informático y de la información en el sentido estricto que hemos establecido, salvo que no sancionemos la tentativa por este precepto y la configuremos como una modalidad consumada de mero acceso informático ilícito (o «hacking»), en la actualidad, como veremos, no prevista en nuestro ordenamiento jurídico penal salvo en la referencia que se expondrá en referencia al apartado 2 del mismo artículo, o que la conducta fuera subsumible en el inciso segundo del mismo precepto, y que exponemos a continuación.

2.- Apartado 1, inciso segundo: *Delito de Interceptación para descubrir secretos personales o vulnerar la intimidad de otro*: «El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento (...), intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses». Si bien parte de la doctrina, como MORÓN LERMA²³⁶ que denomina esta figura como «Intrusismo con interceptación», considera que a tenor de la cláusula abierta recogida de «o cualquier otra señal de comunicación», se amplía el ámbito de la tutela penal a futuras innovaciones tecnológicas de comunicaciones telemáticas, lo cierto es que ya en el Anexo de la propia Ley General de Telecomunicaciones²³⁷ se mantiene un concep-

²³⁵ Como «todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica».

²³⁶ MORÓN LERMA: «Internet y Derecho penal...», cit., pág. 50.

²³⁷ Ley 11/1998, de 24 de abril (B.O.E. núm. 99, de 25 de abril).

to muy amplio y generoso de lo que se entiende por telecomunicaciones, como «toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad, medios ópticos y otros sistemas electromagnéticos». Al requerir para su consumación únicamente que se efectúe la interceptación o la utilización de tales artificios técnicos, constituyéndose en un delito de mera actividad, y siendo pues factible el que la información secreta o relativa a la intimidad esté representada por datos informáticos y sea transmitida por vía telemática o de telecomunicación, siendo éstas vías el objeto sobre el que recae la acción, pero sin necesidad de un efectivo descubrimiento de la intimidad, aparece también como bien jurídico objeto de protección la seguridad de las vías de transferencia de datos, y, en estos casos, la conducta reunirá todos las características y requisitos para configurarse como un delito del riesgo informático y de la información.

3.- Apartado 2: *Delito de vulneración del «habeas data»*: «Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero». Este apartado tipifica un abanico de diversas conductas ilícitas contra la privacidad, informáticas o no, desde el apoderamiento, o utilización, o modificación, no autorizados y en perjuicio de tercero de datos personales y familiares, hasta el mero acceso no autorizado a los mismos²³⁸, o su alteración o utilización, no autorizados, en perjuicio del titular de los datos o de un tercero. Lo más importante en cuanto a la posible configuración de un delito de riesgo informático y de la información, es la previsión que se efectúa como sancionable del «mero acceso no

²³⁸ Que para MORÓN LERMA no sanciona el mero acceso ilegal o hacking, sino que es preciso un elemento subjetivo del injusto, además del dolo: el ánimo de descubrir los secretos o intimidad ajenos («Internet y Derecho penal...», cit., pág. 55).

autorizado a los datos personales y familiares», en cuanto a los mismos se encontraran en un archivo informático o automatizado, lo que pudiera ya ser una previsión punitiva del «hacking informático», pero que queda desvirtuada en cuanto se exige la causación de un «**perjuicio del titular de los datos o de un tercero**» tanto respecto de las acciones de alterar o utilizar como a la de acceder (lo cual se solventaría si existiera una coma antes de la conjunción «y» que une las acciones de «acceda por cualquier medio a los mismos» con «a quien los altere o utilice...».

Complementando las conductas anteriores hay que tener presente la posibilidad de protección de las personas jurídicas como sujetos pasivos de estos ilícitos conforme a lo dispuesto en el art. 200 del Código Penal, en cuanto sostiene que «lo dispuesto en este capítulo será aplicable al que descubriere, revelare o cediere datos reservados de personas jurídicas, sin el consentimiento de sus representantes, salvo lo dispuesto en otros preceptos de este Código»; protección llevada por el legislador a sus últimas consecuencias, como sostiene SERRANO GÓMEZ²³⁹, extendiéndola «hasta las personas jurídicas cuando en realidad el bien jurídico protegido debe ser el de la intimidad de las personas individuales», como en tal sentido se declara tal garantía en el propio art. 18.1 de nuestra Constitución.

III.5.4.3. Ilícitos en el ámbito económico

Si bien más adelante desarrollaremos extensamente este ámbito, vamos a efectuar en este momento unos apuntes de la incidencia de la criminalidad informática en el ámbito económico, y la necesidad de un cambio estructural para pasar de los denominados delitos económicos específicamente informáticos a los que denominaremos delitos informáticos específicamente económicos, a tenor de la propuesta de su configuración como delitos del riesgo informático y de la información.

Hemos ya expuesto que desde los años 70, la discusión acerca del abuso informático no solamente estuvo marcado por el delito de pro-

²³⁹ SERRANO GÓMEZ, A.: «Derecho Penal. Parte Especial», Editorial Dykinson, Madrid, 3.ª edición, Agosto, 1998, pág. 253.

tección de datos, sino también por los entonces denominados *ilícitos económicos vinculados a la informática*, los cuales han llegado a estar considerados como el área central del delito informático, e incluso fueron en un principio los exclusivamente caracterizados por este término. Ya en 1986 SIEBER²⁴⁰ desde dicho punto de partida del derecho penal económico establecía los siguientes apartados dentro de los delitos económicos vinculados a la informática:

- 1.- Fraude mediante manipulaciones contra los sistemas de procesamiento de datos;
- 2.- Espionaje informático y robo o hurto de software;
- 3.- Sabotaje informático;
- 4.- Apropiación de servicios;
- 5.- Acceso no autorizado a los sistemas informáticos;
- 6.- Fraude fiscal informático.

Dejando en otros dos grupos las ofensas por medios informáticos contra derechos individuales de la persona (atentados contra la intimidad y privacidad), y los ataques por medio de la informática contra intereses supraindividuales²⁴¹.

Tal perspectiva llevaba a la configuración de estos ilícitos y sus correspondientes figuras delictuales, como conductas atentatorias a bienes jurídicos económico patrimoniales tradicionales, y en los que su mera vinculación a la informática o a sistemas de telecomunicaciones o telemáticos, en cuanto medio y forma de realización de la acción ilícita, le otorgaba unas características propias, peculiares y lo suficientemente especiales para la doctrina y el legislador, como para no poder subsumirse en las figuras delictivas tradicionales (hurto, robo, estafa,...), ni tan siquiera mediante una reinterpretación de las mismas, o de alguno de sus elementos, como proponía, como veremos²⁴², parte de la doctrina, y a la necesidad de un tratamiento legal específico, bien con la

²⁴⁰ SIEBER: «The International Handbook...», cit., pág. 38 y ss.

²⁴¹ A tal clasificación se adhirió más adelante GUTIÉRREZ FRANCÉS: «Fraude Informático y...», cit., pág. 71.

²⁴² Ver Sección VII.2. ut infra.

modificación de las figuras ya existentes, bien mediante la creación de nuevos tipos delictivos.

Los ilícitos informáticos en este campo se han venido considerando, por tanto, como delitos económicos, con todas sus características fundamentales comunes, incluido el elemento subjetivo del ánimo de lucro, en los que lo informático era el calificativo de aquéllos, atendidas, normalmente, las peculiaridades de sus medios comisivos, y en cuanto afectaban a elementos no corpóreos: la información y los datos.

Sin embargo en la estructuración actual de los delitos del riesgo informático y de la información, sobre la base de su caracterización y concepción en torno a los nuevos bienes jurídicos requeridos de protección jurídico penal (la información en sí misma, los datos informáticos, y la seguridad y fiabilidad en los sistemas informáticos y telemáticos), es al término actual de delito informático a la que debemos aplicar el calificativo de económico, y no al revés, y que comprenderá aquellos comportamientos ilícitos informáticos en el ámbito económico/patrimonial, y referirnos consecuentemente a los mismos como *delitos informáticos económico patrimoniales*.

En este campo, las denominadas manipulaciones informáticas fraudulentas han constituido el punto principal e inicial de debate doctrinal e incluso jurisprudencial, y su aspecto central, no obstante el gran avance desde el punto de vista cuantitativo en la realidad social que hoy en día tiene otra modalidad de conducta que es el acceso ilegal o hacking. Además, si bien durante el tiempo de las grandes estructuras informáticas, las manipulaciones informáticas constituyeron un grupo uniforme de ilícitos, debido a la diversificación de los sistemas informáticos de los 80, hoy en día el término manipulación informática describe un espectro de casos diferentes no sólo dentro del campo de los delitos económicos, sino también en los restantes campos o áreas de incidencia de la delincuencia informática²⁴³, de tal manera que el

²⁴³ Así respecto a manipulaciones informáticas delictuales fuera del ámbito económico podemos observarlas tanto en el apartado anterior relativo a los ataques a la intimidad (III.5.4.2.- ut supra), como en el área de otros ilícitos informáticos (del apartado III.5.4.5- ut infra).

término «manipulaciones informáticas» no pueden servir ya en la actualidad como equivalente al delito informático en el ámbito económico-patrimonial, sino que se constituye en una modalidad de acción delictual informática, de perpetración, de método o medio de ataque de los más diversos y diferentes bienes jurídicos protegidos o protegibles, y no sólo del ámbito económico.

Más recientemente SIEBER²⁴⁴ establece las siguientes modalidades delictuales informáticas dentro del ámbito económico, y que desarrollaremos con posterioridad:

- 1.- El Acceso informático ilegal o «Hacking»;
- 2.- El Espionaje informático;
- 3.- La Piratería de Software y otras Formas de Piratería de Productos;
- 4.- El Sabotaje informático y la Extorsión informática;
- 5.- El Fraude Informático.

III.5.4.4. Ilícitos de Comunicación Telemática (Emisión y Difusión de Contenidos Ilegales y Nocivos)

La progresiva y creciente interconexión de sistemas informáticos y de telecomunicaciones, y la extensión de redes específicamente telemáticas, ha llevado a la aparición de nuevas modalidades delictuales, en lo que han venido a denominarse «ofensas de comunicación», o denominaremos «ilícitos de comunicación telemática», en una restricción a lo que por otros autores y sectores se ha venido aludiendo como «emisión y difusión de contenidos ilegales o nocivos»²⁴⁵. Y debemos hacer tal precisión o limitación a la anterior conceptualización por cuanto la referencia doctrinal al área de «emisión y difusión de contenidos ilegales o nocivos», ha sido utilizada también en el seno de las organizaciones supranacionales como la Unión Europea, de manera totalmente genérica, y atendiendo únicamente a que el medio utilizado es la vía telemática, en equivalencia a la consideración como delito informático

²⁴⁴ SIEBER: «Legal Aspects...», cit., pág. 40.

²⁴⁵ Así SIEBER: «Legal Aspects...», cit., pág. 54; o MORÓN LERMA: «Internet y Derecho Penal...», cit., pág. 120.

a la mera emisión de tales contenidos por medios informáticos, ya criticado con anterioridad y que reiteraremos nuevamente.

Ya a finales de los 80 y principios de los 90 aparecieron los primeros casos en los que información de contenido racista o de apología de la violencia, y material de pornografía infantil, era distribuida con la ayuda de ordenadores a través de estos sistemas, en concreto por Internet. Así organizaciones como el Ku Klux Klan, grupos de skinheads, neonazis, grupos radicales de extrema derecha, o incluso bandas terroristas como el IRA o ETA, no sólo han llegado a tener sus propias páginas Web en la red, sino que la han utilizado para la transmisión de sus consignas y propaganda de sus actividades y fines, o incluso la interconexión entre sus miembros para el planeamiento, la realización, o la coordinación de sus actividades ilícitas. En 1998 fue objeto de una gran difusión por los medios de comunicación la convocatoria por Internet de los hinchas de dos equipos de fútbol rivales de Holanda para un enfrentamiento entre ambos grupos, y que, logrando despistar a la Policía, tuvo lugar con un grave altercado resultando numerosos heridos. E incluso recientemente, a finales de 1999, ha habido una convocatoria por Internet por parte de hinchas de equipos de fútbol de Holanda para, ante la celebración de la Eurocopa de fútbol en dicho país en el año 2000, efectuar un enfrentamiento conjunto contra los seguidores alemanes que se desplazaran en apoyo de su equipo.

En diversas recientes comunicaciones y estudios de la **COMISION EUROPEA**²⁴⁶ se hace referencia a estas dos categorías de contenidos, y

²⁴⁶ **COMISION EUROPEA**: «Contenidos ilícitos y nocivos en Internet», Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social, y al Comité de las Regiones, de 16 de octubre de 1996, COM (96) núm. 487; el «Informe provisional sobre iniciativas emprendidas en los Estados Miembros de la Unión Europea contra los contenidos ilícitos y nocivos en Internet», de 4 de junio de 1997 (versión 7), accesible en Internet <http://www2.echo.lu/legal/es/internet/wp2es-chap.html>; y también en «Plan de Acción para la Promoción del Uso Seguro de Internet», Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 26 de noviembre de 1997, COM (97) núm. 582, complementado por la Decisión núm. 276/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa, de 25 de enero de 1999 (DOL 33 de 06.02.99), por la

mientras que respecto a los contenidos nocivos²⁴⁷ estima procedente la adopción de medidas tecnológicas, como sistemas de filtrado o clasificación, para rechazar dichos contenidos y para aumentar la sensibilización y la capacitación de los usuarios ilegales en un proyecto de cultura ética o deontológica mínima común, es decir en medidas de autocontrol y autocapacitación extranormativas o extralegales, en cuanto a los contenidos ilegales deja su tratamiento y protección a las legislaciones nacionales inicialmente en el campo del derecho civil o administrativo, y sólo para los casos más graves según la consideración interna de cada estado, en su protección por vía penal. Y tal generalización del tratamiento de los contenidos ilegales o nocivos en consideración únicamente al medio empleado hace que se pretenda abarcar en su seno tal variedad de problemáticas delictuales que excede en mucho no sólo de lo que es propiamente objeto del ámbito penal, sino incluso en sentido restrictivo, de un delito de riesgo informático y de la información, sirviendo la misma crítica que con anterioridad expusimos al referirnos a la conceptualización del delito informático como equivalente a un delito cometido por medios informáticos, referencia ésta que asimismo y en esta área debe ser abandonada como único criterio conceptualizador. No obstante, según el «Plan de Acción para la Promoción del Uso Seguro de Internet»²⁴⁸, destaca los siguientes ámbitos de incidencia de los contenidos ilegales:

- a) La Seguridad nacional (instrucciones sobre la confección de bombas, producción de drogas ilegales, actividades de terrorismo);
- b) Protección de menores (pornografía, violencia, marketing abusivo);
- c) Protección de la dignidad humana (incitación al odio racial o discriminación racial);

que se aprueba un plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet, así como por la posición común del Consejo 1999/364/JAI, de 27 de mayo de 1999, relativa a las negociaciones del proyecto de Convenio sobre la delincuencia en el ciberespacio celebradas en el Consejo de Europa (DOL 142 de 5 de junio de 1999.

²⁴⁷ Tal consideración se sostiene que depende de diferencias culturales de cada sociedad.

²⁴⁸ COMISION EUROPEA: «Plan de Acción...», cit.

- d) Seguridad Económica (fraude, instrucciones para el pirateo de tarjetas de crédito);
- e) Protección de la información (acceso ilegal y malicioso);
- f) Protección de la vida privada (comunicación no autorizada de datos de carácter personal, hostigamiento electrónico);
- g) Protección de la reputación (calumnia, injurias, publicidad comparativa ilegal);
- h) Propiedad intelectual (difusión o emisión no autorizada de obra protegida por derechos de autor).

Y respecto de una gran parte de los cuales, se establece la posibilidad de ser considerados delictivos por las legislaciones de los Estados miembros²⁴⁹. Mas lo cierto es que muchos de los anteriores supuestos no excederá su protección del mero ámbito civil o administrativo; otros ya estarán encardinados o serán subsumibles en las anteriores áreas ya expuestas, como delitos propiamente informáticos o no (en la intimidad personal o en el ámbito económico); y otros no supondrán, por el mero hecho de su comisión por vía telemática o digital, un cambio en su naturaleza jurídica o en la afectación del bien jurídico tradicional protegido, siendo plenamente subsumibles en las figuras delictivas tradicionales y no constituyendo un supuesto de delito del riesgo informático y de la información.

Precisamente por ello, debemos delimitar y restringir la extensa área indicada de «emisión y difusión de contenidos ilegales o nocivos» para la determinación de supuestos de delitos del riesgo informático y de la información a aquellos supuestos en que concurren las características apuntadas con anterioridad²⁵⁰ y en los que además del bien jurídico tradicional que pudiera concurrir como susceptible de protección en la figura delictiva concreta, *aparezca también la información en sí misma como un peligro o riesgo grave de quebranto de los principios de convivencia, confianza, estabilidad, seguridad y paz social que deben presidir la utilización de medios y redes informáticos y/o telemáticos*; lo que en la «Declaración de

²⁴⁹ Como la pornografía infantil, apología del odio racial o difusión de contenidos racistas.

²⁵⁰ Ver Sección III.4. ut supra.

Bonn»²⁵¹ se reconocía como «confianza en las redes mundiales de información garantizando el respeto a los derechos humanos y protegiendo los intereses de la sociedad en general».

En este campo de los ilícitos de comunicación telemática, se han venido distinguiendo dos ámbitos de comportamientos y su posible, precisa o consecuente responsabilidad penal, es decir la susceptibilidad de su punición penal:

a.- La del autor de las declaraciones o materiales de contenido ilegal o nocivo emitidas o difundidas.

b.- La del proveedor del servicio, que ofrece el acceso a la red y servicios especiales al mismo tiempo, y de cuyas redes y servidores abusan terceras personas.

En cuanto a la primera, *la responsabilidad penal general del autor de declaraciones o material* de contenido racista, de apología de la violencia o incluso terrorista, o pornográfico, se ha visto clara y mayoritariamente por la mayoría de los estados la conveniencia de su sanción penal, sin embargo su regulación tipológica se ha efectuado de forma diferente. Y así mientras en algunos países tenían tipificadas expresamente determinadas conductas en las que subsumir tales comportamientos y nuevas modalidades, precisando de alguna modificación legal en la parte general del Código Penal²⁵², otros han modificado su legislación, bien actualizado la conceptualización legal de algunos de sus términos, como España con el concepto de «documento» del nuevo art. 26, adaptándo-

²⁵¹ Texto resultante de la Conferencia de Ministros de la Unión Europea y otros terceros países, titulada «Las redes mundiales de información: aprovechar su potencial», celebrada en Bonn del 6 al 8 de julio de 1997, accesible vía Internet. <http://www2.echo.lu/bonn/finales.html>.

²⁵² Así, por ejemplo, en Alemania, donde el uso de símbolos de organizaciones nazis está castigado bajo el parágrafo 86a del Código Penal Alemán, al requerir la difusión de los contenidos o declaraciones de esta índole el que lo fueran por «publicaciones», las cuales son definidas como objetos corporales, para aplicar la disposición legal penal tradicional a los nuevos medios publicitarios, se añadió en 1974 una subsección 3 en el parágrafo 11, conforme al cual los «soportes de sonido e imagen, pinturas y otras representaciones» se consideraban «publicaciones» cuando esta subsección viene referida a otra disposición legal penal (como así sucedió también respecto a los parágrafos 74d, 80a, 86, 90, 90a, 90b, 103, 111, 131, 140, 165, 166, 184, 186, 187, 187a, 194, 200, y

lo a la interpretación conceptual de la jurisprudencia, bien incorporado nuevas figuras delictivas²⁵³; sin embargo, en otros, como EE.UU., se carece de una correspondiente disposición penal.

Así, en materia de difusión de pornografía infantil, otro de los aspectos que más han suscitado la polémica y sobre la posible adecuación de reacción mediante la ley penal, se ha visto reflejado recientemente en España, en donde la repercusión social por la impunidad o escasa sanción penal de diversos sucesos que en los últimos años surgieron a la luz pública, como supuestos de pederastia sucedidos en Bélgica y España, el descubrimiento de redes de prostitución infantil en Sevilla y Barcelona, y, concretamente en este aspecto que estamos analizando, el caso descubierto por la Guardia Civil en 1997 de difusión por Internet de pornografía infantil, en el que tras ser detenidos sus autores, dos jóvenes de la población catalana de Vic, se les puso por la autoridad judicial en libertad sin cargos por no estar su conducta tipificada en el Código Penal de 1995, motivó una de las proposiciones del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados, incluso otra del Defensor del Pueblo, de reforma de los delitos contra la libertad sexual, y que han dado lugar a la cuarta, y no última, reforma del reciente Código Penal de 1995, llevada a cabo por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, reformando tales delitos, ahora denominados «contra la libertad e indemnidad sexuales», y en donde precisamente se recoge, entre los «delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores», en el art. 189.1.b) *la posibilidad de sanción de la emisión o difusión de material pornográfico infantil por vías informáticas o telemáticas, como Internet*²⁵⁴.

219b del StGB). Precisamente y en relación concreta con Internet, se ha planteando nuevamente la reforma de esta subsección 3 de la sección 11 del Código Penal Alemán, con la «Ley sobre los servicios de comunicación e información» (IuKDG), de 22 de julio de 1997, en cuanto ampliar el término «publicación» para cubrir los nuevos servicios de información y comunicación.

²⁵³ Como es el caso de Finlandia, Grecia, Israel, Japón y Canadá.

²⁵⁴ El citado precepto sanciona como «delito relativo a la corrupción de menores», al que «produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración, difusión o exhibición hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido».

En el ámbito de la Unión Europea cabe reseñar la Decisión (CE) 2000/375/JAI, de 29 de mayo de 2000, relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet (DOCE 9 de julio de 2000), en cuyo artículo 1, y con objeto de reforzar las medidas de prevención y lucha contra la producción, el tratamiento, la posesión y la difusión de pornografía infantil y de garantizar que las infracciones en este ámbito sean efectivamente investigadas y perseguidas, se interesa de los Estados miembros la adopción «de las medidas necesarias para animar a los usuarios de Internet a que comuniquen a las autoridades policiales, directa o indirectamente, sus sospechas sobre la difusión de pornografía infantil en Internet, cuando encuentren material de este tipo». En el apartado 2 del mismo artículo 1 se propone a los Estados miembros la creación de unidades especializadas dentro del ámbito policial con los conocimientos específicos y los recursos necesarios para tratar con celeridad la información sobre supuestos de pornografía infantil. En su artículo 2 contempla medidas de cooperación y colaboración policial interestatal y con Europol. Y en el artículo 3 propone una serie de medidas para eliminar la pornografía infantil en Internet y a devenir en «obligatorias para los proveedores de Internet».

En cuanto a la determinación de una *corresponsabilidad adicional de los proveedores del servicio* para las declaraciones difundidas vía sus sistemas informáticos y redes de datos²⁵⁵ la mayor parte de la doctrina niega una corresponsabilidad del proveedor del servicio porque el proveedor, inicialmente, sólo puede ser acusado de no haber ejercido un control suficiente. Y es cierto que, al menos, hay que dar una importancia particular a un «voluntario autocontrol voluntario del contenido» por los proveedores y operadores de red, como ha sostenido el Gobierno

²⁵⁵ Recoge SIEBER (Computer Crime...», cit., pág. 14) que en Alemania, esta última cuestión estaba debatiéndose en el curso de varias investigaciones criminales, en particular por las autoridades fiscales de Munich y Mannheim, especialmente en la investigación contra la empresa Norteamericana CompuServe Inc., y que ha atraído la atención en la world-wide, habiendo sido la empresa acusada en EE.UU. de medidas de censura, de violaciones de la libertad de expresión y de la libertad de información, así como de «someterse» ante las autoridades alemanas.

Federal Alemán²⁵⁶. Sin embargo, no existe, como tal, un deber legal en el ámbito del derecho penal de controlar, como «garante», el contenido de las redes informáticas, de comunicaciones, y telemáticas.

En consonancia con lo anterior, en el ámbito de la Comunidad Europea, en la Declaración de Bonn ya citada de 1997, se manifiesta la necesidad de hacer una distinción clara entre la responsabilidad de los que producen y ponen en circulación los contenidos y la de los intermediarios, no siendo inicialmente éstos responsables de aquéllos.

En otros países también es sostenida una, aunque mínima, responsabilidad del proveedor del servicio, bien sobre la base de una interpretación de las leyes vigentes, bien sobre la base de nuevas disposiciones legales. Un ejemplo del primer grupo es Suiza, en donde existe tal responsabilidad penal si el proveedor del servicio tiene conocimiento de la existencia de un contenido ilegal en su red y, sin embargo, no niega el acceso a tal contenido²⁵⁷. Del segundo grupo aparece como ejemplo EE.UU., en donde una normativa respecto a la responsabilidad penal en este ámbito fue introducida por el Presidente Clinton con la «Ley de Decencia en las Comunicaciones» de 1996²⁵⁸, pero cuya incompatibilidad con el derecho fundamental de la libertad de expresión (1.ª Enmienda a la Constitución Americana) ha sido determinada recientemente por un Tribunal Federal de los EEUU. También Alemania que, con la aprobación de la «Ley sobre los servicios de comunicación e información» (IuKDG) de 22 de julio de 1997, se ha constituido en el primer, y por ahora único, Estado de la Unión Europea dotado de una nueva completa normativa respecto a la responsabilidad de los operadores de Internet, y que hace depender tal responsabilidad, en base al art. 5, de dos requisitos:

a.- que se pruebe el conocimiento por parte del proveedor de acceso a Internet de la existencia del material ilícito o nocivo.

²⁵⁶ Así la home-page del Ministerio Federal Alemán para la Educación, Ciencia, Investigación y Tecnología: «http://www.kp.dlr.de/BMBF/rahmen/eckwerte_bmbf.html».

²⁵⁷ Así la sentencia del Tribunal Federal Suizo BGE 121, 1995, IV, 109.

²⁵⁸ El texto de la Ley es accesible vía Internet: «http://www.eff.org/pub/Alerts/s652_hr1555_96_draft_bill.excerpt».

b.- posibilidad técnica para dichos proveedores del bloqueo de dicha información.

Ello nos lleva a compartir la conclusión de MORÓN LERMA²⁵⁹, de inadmisibilidad de «la imposición de un genérico deber de control, que convierta al proveedor en una suerte de férreo garante de la licitud de los contenidos puestos en su servidor por terceros», y que el criterio de responsabilidad de aquél debe venir originado por el «efectivo conocimiento de la información así como de la posibilidad técnica del control sobre la misma».

No obstante, tal postura no parece ser la seguida por la Unión Europea a tenor de los términos recogidos en el artículo 3 de la ya citada Decisión [CE] 2000/375/JAI, de 29 de mayo de 2000, al recomendar a los Estados miembros el examen de las siguientes medidas, y como obligatorias para los proveedores de Internet:

«a) informar a las entidades competentes mencionadas en el apartado 1 del artículo 1 o a las Unidades a que se refiere el apartado 2 del artículo 1 acerca del material de pornografía infantil del que hayan recibido información o tengan conocimiento y que se difunda a través de ellos;

b) retirar de la circulación el material de pornografía infantil del que tengan conocimiento y que se difunda a través de ellos, salvo que las autoridades competentes dispongan otra cosa;

c) conservar, de conformidad con lo enunciado en la Resolución del Consejo, de 17 de enero de 1995, sobre la interceptación legal de las telecomunicaciones (D.O.C. 329 de 4 de noviembre de 1996), datos de tráfico, cuando haya lugar y sea técnicamente viable, en particular a efectos de la persecución penal en caso de sospecha de abuso sexual de menores, así como de producción, tratamiento y difusión de pornografía infantil, durante todo el tiempo especificado en la ley nacional aplicable, a fin de que estos datos estén disponibles para su inspección por parte de las autoridades policiales de conformidad con las normas de procedimiento aplicables;

²⁵⁹ MORÓN LERMA: «Internet y Derecho Penal...», cit., pág. 139.

d) crear sistemas propios de control destinados a combatir la producción, el tratamiento, la posesión y la difusión de material pornográfico infantil».

Ahora bien, no existe todavía una armonización internacional sobre los «ilícitos de comunicación» y la responsabilidad de proveedores del servicio. Sin embargo, ello sería esencial para evitar que los proveedores del servicio se establecieran en nuevos «países oasis» y así crear «asilos del delito informático» o distorsiones de la competencia, y en tal sentido van dirigidas las iniciativas de la Unión Europea, y son necesarias en otros ámbitos supranacionales como el Consejo de Europa, la OCDE, los países del G7, o las Naciones Unidas.

III.5.4.5. Otros Ilícitos Informáticos

Otros numerosos supuestos involucran el uso de tecnología informática en la comisión de delitos tradicionales. Así por ejemplo las manipulaciones informáticas no solamente pueden realizarse con el propósito de obtener unos beneficios pecuniarios, sino que también han sido usadas para ataques contra la vida, como en el caso de la manipulación de un sistema de control de vuelo o de un ordenador central de un hospital²⁶⁰, y ya hemos apuntado que también en el campo del crimen organizado (tráfico de drogas o de armas y blanqueo de capitales), o incluso el de la guerra electrónica, el uso de los adelantos informáticos y telemáticos aumenta en importancia.

Lo cierto es que estos casos delictuales si bien pueden presentar ciertas características propias de los delitos de riesgo informático y de la información, y la complejidad en la realización de las acciones da lugar

²⁶⁰ Así el caso recogido por SIEBER, «Legal Aspects...», cit., pág. 57, en cita al diario «Der Spiegel», núm. 9/1994, de 28 de febrero, pág. 243, de las manipulaciones de un «hacker» británico, que en 1994 accedió al sistema informático de un hospital de Liverpool porque simplemente quería ver «que tipo de caos podía causar entrando en el ordenador del hospital», y, entre otras cosas, cambió las prescripciones médicas para los pacientes, de forma que a un niño de nueve años que le fue «prescrita» una preparación farmacológica altamente tóxica sobrevivió únicamente gracias a que la enfermera revisó dicha prescripción.

a numerosos problemas de prevención, descubrimiento, comprobación y persecución, normalmente no tendrán ningún problema de adecuación o subsunción bajo figuras penales clásicas, porque la mera utilización del medio o sistema informático para su comisión no supondrá una alteración de su naturaleza jurídica; sólo cuando supongan además del quebranto del bien jurídico tradicional objeto de protección, un atentado serio y grave a los nuevos bienes, valores o intereses globales derivados de la sociedad del riesgo informático y de la información podremos calificar el hecho como enmarcable en el Derecho Penal Global del Riesgo Informático y de la Información, si bien normalmente a título de delito informático impropio y siempre que no viniera ya su previsión legal en base a otra de las áreas precedentes²⁶¹. *Será por tanto excepcional el apreciar en este área la existencia de delitos del riesgo informático y de la información*²⁶².

²⁶¹ Como por ejemplo el uso ilegal del llamado «dinero cibernético» o la realización de transacciones o transferencias dinerarias electrónicas ilícitas a través de Internet, que en su caso ya serían sancionables, sino como defraudaciones clásicas, conforme a las nuevas figuras de fraude informático.

²⁶² La utilización de los ordenadores para preparar y ejecutar delitos tradicionales se ha hecho especialmente patente en el campo de la expedición de cheques sin fondos y en el del tráfico ilegal de drogas. El ejemplo mejor conocido de delito económico tradicional cometido con la ayuda del ordenador es el caso de la American Equity Funding, que comportó en Estados Unidos uno de los perjuicios económicos más extensos causados a través de la manipulación del ordenador. Como recoge SIEBER («Documentación para una aproximación...», cit., págs. 79 y 80), «La estafa practicada por la Equity Funding Corporation, una empresa de seguros, consistió en vender contratos ficticios de seguros de vida al reasegurado. En este caso, la cesión de reclamaciones falsas fue enormemente facilitada por el sistema de proceso de datos de la corporación. Sin el uso del proceso de datos los delincuentes se hubieran visto obligados a rellenar y a falsificar, para cada contrato ficticio vendido, un contrato de seguro con un gran número de entradas relativas a la Seguridad Social y a datos médicos concernientes a la persona asegurada. El sistema de proceso de datos, con los contratos de seguros individuales almacenados en el archivo principal, facilitó este trabajo. Puesto que el reasegurador estaba dispuesto a aceptar la impresión del proceso de datos de la Equity Funding Corporation como prueba de la existencia de los contratos de seguros concluidos, los delincuentes tuvieron simplemente que añadir los datos de los contratos de seguro ficticios a los datos del archivo principal. La corporación no llevó a cabo el laborioso trabajo de introdu-

No obstante, una mención específica debe efectuarse con relación al denominado **delito de falsificación informática**. Y la primera cuestión que se suscita es qué tipo de acciones pueden y deben efectivamente calificarse como tales.

Partiendo de una conceptualización de estos ilícitos en base al bien jurídico tradicional protegido, la seguridad jurídica, la mayoría de nuestra doctrina patria²⁶³, con carácter extenso, amplio e incluso a veces confuso, ha incluido sin distinción o diferenciación en tal ámbito de ilícitos tanto las falsificaciones o falsedades realizadas por medios informáticos y materializadas en soportes documentales de papel tradicional, como las acciones de falsificación de datos informáticos mediante manipulación de los mismos, y finalmente los actos falsarios respecto a los denominados documentos electrónicos informáticos o telemáticos, aparecidos con la progresiva incorporación de los soportes informáticos (discos magnéticos y ópticos) en las relaciones comerciales, el comercio electrónico, el tráfico jurídico en general, y el funcionamiento de las Administraciones Públicas; y estableciéndose el debate y discusión

cir los datos ficticios de los contratos individuales juntamente con los datos correctos, a través de la rutina hecha con este propósito, sino que, en vez de esto, usaron cintas magnéticas que contenían los datos de contratos viejos ya usados. Se usó un programa especialmente escrito para cambiar los viejos números de los seguros, y para multiplicar las primas y las sumas del seguro, que tenían que pagarse, por un factor de 1,8. Otros programas de ordenador aseguraron que los datos ficticios fueran entrados en las hojas de balances de la empresa, elevando, de esta forma, los coeficientes de la cuota de la corporación. Entre 1970 y 1972, mediante la automatización en la forma descrita de la producción de pólizas ficticias, se produjeron fraudulentamente con un programa especial de ordenador, y se vendieron a otra compañía un total de 56.000 contratos ficticios de seguros, con un valor de venta de más de 30 millones de dólares. Seguramente, no hubiera sido posible conseguir esta cantidad mediante la falsificación manual de contratos de seguro. La manipulación fue descubierta porque un miembro del personal, con conocimiento del delito, traicionó el plan después de discutir con el jefe. El jefe de la empresa fue condenado a 8 años de prisión, y a otros 21 miembros del personal, incluyendo tres del departamento del procesado de textos, se les impuso también sentencias de prisión de larga duración.

²⁶³ Así desde CORCOY y JOSHI: «Delitos contra...», cit., págs. 138 a 141, hasta DAVARA RODRÍGUEZ: «Manual de Derecho...», cit., págs. 321 a 323.

doctrinal en torno a todos ellos, como uno de sus puntos críticos, en cuanto al valor jurídico atribuible a los mismos y a los actos y negocios jurídicos que, en su caso, incorporaban.

Y, vamos a anticipar, que si bien respecto al primer grupo la vinculación del medio informático a la perpetración del ilícito falsario en modo alguno hace que podamos considerarlo como un delito de riesgo informático, ni cambia en absoluto la naturaleza jurídica del mismo, sin perjuicio de la consideración de la acción manipuladora como una manipulación informática, y en sí misma susceptible, consecuentemente y en su caso, de constituir otro ilícito, éste sí informático en sentido estricto, pero totalmente distinto, no ocurre lo mismo respecto de las acciones de alteración de datos, que es una mera actividad de manipulación informática o telemática que puede suponer bien una falsificación documental bien el medio comisivo de un fraude informático o de cualquier otro ilícito vinculado a la informática en general; pero sobre todo, y por lo que expondremos, en cuanto al tercer grupo, en donde sí se configura claramente un delito pluriofensivo y susceptible de tener, en algunos supuestos, la consideración y la categoría de delito de riesgo informático y de la información.

En el derecho español, los medios de prueba tradicionales reconocidos a tenor del art. 1.215 del Código Civil, art. 47 del Código de comercio y art. 578 de la hasta ahora vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, y, en especial, la prueba documental venía tradicionalmente unida a la materialidad del soporte que incorpora la manifestación de la voluntad o la expresión de un simple hecho, y no en referencia a su contenido; esto es, al papel y a la escritura incorporada, pues el documento, en su materialidad, tal como lo conceptuaba nuestra legislación, tenía un enorme condicionamiento sociocultural e histórico, y el concepto de documento, bien público, bien privado, se identificaba, más que con el documento en sí mismo, con sus manifestaciones históricas, el papel y la autografía como una única manifestación de la expresión simbólica²⁶⁴.

²⁶⁴ Como recoge ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SOTO («Informàtica i Dret penal...», cit., pág. 200), un claro ejemplo de este condicionamiento histórico del concepto de documento son las expresiones del derecho romano clásico: epístula, codex, scriptura y, en sentido más genérico, tabula e instrumentum. Como afirma dicho autor, nuestro derecho tradi-

Y tales consideraciones se revelaron claramente insuficientes para explicar las nuevas operaciones y negocios efectuados con la colaboración de soportes informáticos, pues la firma tradicional, garantía de la autenticidad y del contenido del documento escrito, estaba ya siendo sustituida, con ventajas, por la criptografía, los signos y claves informáticas que permiten asegurar la procedencia y veracidad de un documento.

Tal progresiva incidencia de los documentos informáticos en las relaciones jurídicas tuvo asimismo su progresivo reconocimiento en la legislación y normativa española, fundamentalmente en los años 90, habiéndose producido en nuestro ordenamiento jurídico reformas de especial significación, tanto en el ámbito del derecho público como privado.

Así inicial y principalmente en la configuración material y en la organización de los registros de la propiedad a tenor del *Real Decreto de 30 de marzo de 1990*, que modificó el Reglamento hipotecario con vistas a una informatización integral de los registros de la propiedad²⁶⁵.

La incidencia de la informática y la creación de documentos informáticos, y su valor legal también tuvo ya presencia en la reforma del Reglamento notarial llevada a cabo por *Real Decreto 1386/1992, de 13 de noviembre*²⁶⁶, así como en la normativa complementaria, como la *Orden del Ministerio de Justicia de 4 de diciembre de 1992*²⁶⁷, o la dictada en

cional, por influencia del romano, desconocía, hasta hace muy poco, el término documental, y así Las Partidas utilizan exclusivamente el término escritura, que definían como cualquier carta hecha a mano por un escribano público del Consejo, o sellada con el sello del rey (partida 3.^a, título XVIII, Ley I).

²⁶⁵ En este sentido en su art. 398 c) establecía la creación de un index general informatizado de las fincas y derechos inscritos, por lo cual, el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad habría de remitir periódicamente al Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria, en soportes magnéticos, la información relativa a las transmisiones inscritas.

²⁶⁶ Así el art. 4 del anexo del citado Reglamento establece que el Registro General de Actos de Última Voluntad (que se encuentra en el Ministerio de Justicia) se lleve por procedimientos informáticos.

²⁶⁷ Que estableció que la información que los colegios notariales han de remitir periódicamente al registro General se enviara a partir de entonces en soporte informático, para, en el momento oportuno, dar paso al sistema de comunicación telemática, en vías de lo cual se está actualmente.

su desarrollo, como la *Circular de la Dirección General de Registros y Notariado de 31 de marzo de 1993*²⁶⁸, y asimismo en la posterior reforma de los reglamentos notarial e hipotecario, originada por el *Real Decreto 2.537/1994, de 29 de diciembre*²⁶⁹

La transformación informática de los métodos operativos en los sectores público y privado también ha tenido su reflejo en diversas disposiciones y normativas. Así son significativas en el ámbito mercantil la *Circular 13/1992, de 26 de junio, BOE de 11 de julio*, respecto al Sistema Nacional de Compensación Electrónica Interbancaria de cheques y pagarés de cuenta corriente²⁷⁰, la *Circular de 8 de octubre de 1992 de la*

²⁶⁸ Que aprobó las instrucciones necesarias para la remisión de comunicados testamentarios y los comunicados de iniciación de los actos notariales de declaración de herederos abintestato, con lo que, utilizándose el soporte informático, se sustituía el tradicional envío de la información mediante tarjetas escritas; asimismo se establecían reglas de elaboración de la información para facilitar su tratamiento informático, como el configurar el número de identificación del notario o fedatario autorizante como elemento básico para el sistema informático y, al mismo tiempo, se fijan las características de los soportes magnéticos y del sistema operativo, y también se dan instrucciones en cuanto a la forma como han de estructurarse los datos; todo ello, se indica, para garantizar la perfecta compatibilidad y comunicación de los sistemas informáticos.

²⁶⁹ Son de destacar el nuevo contenido del art. 175 del Reglamento notarial, que impone al notario que antes de autorizar una escritura de adquisición de bienes inmuebles, o de constitución de un derecho real sobre estos, habrá de solicitar al registro de la propiedad correspondiente la información adecuada, para lo cual se podrá utilizar el telefax; así como el nuevo art. 249 del mencionado reglamento que autoriza al notario para transmitir por telefax al registro de la Propiedad la comunicación relativa a la autorización de escritura susceptible de ser inscrita, que dará lugar al correspondiente asiento de presentación; esto último en unión del nuevo art. 354 del Reglamento Hipotecario que permite que el registrador trámite su información sobre la titularidad, las cargas, los gravámenes y las limitaciones de fincas registrales, cuando sean solicitadas por los notarios mediante el uso de telefax; y finalmente la disposición adicional única del mencionado Real Decreto que impone, en el término de un año, la obligación de informatizar el diario de todos los registros de la propiedad en España. En cuanto a los órganos judiciales, se permite el que éstos envíen por telefax al registro de la propiedad competente las resoluciones judiciales que puedan causar asiento registral, el día de su firma o el siguiente hábil.

²⁷⁰ Esta Circular derogó la 11/1990, de 2 de febrero, que establecía como un sistema de comunicación para la liquidación del sistema general de cheques y pagarés de

*Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre codificación de valores negociables*²⁷¹.

Y en el ámbito del Sector Público cabe referenciar los reconocimientos contenidos en la *Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/92, de 26 de noviembre*²⁷²,

cuenta corriente el telefax y el fax, de forma que a partir de entonces el sistema ordinario para las comunicaciones entre las entidades asociadas y el servicio de liquidación del Banco de España, es el de efectuarlas a través de un proceso automatizado que permite el diálogo directo entre el Centro de Procesamientos del Banco de España y los centros de las entidades participantes en el Sistema Nacional de Liquidación; asimismo la prueba del incumplimiento de una obligación derivada de la relación jurídica mercantil, concertada por los medios tradicionales, se condiciona a la existencia de un diálogo electrónico entre una entidad bancaria asociada y el Centro de Procesamientos del Banco de España donde, con plena eficacia «solutoria», quedan anotadas informáticamente miles de operaciones cada día. El fax o telefax (último reducto donde aparecía el papel como soporte físico de la liquidación de una obligación, sólo queda para aquellos casos extraordinarios en los que la entidad o el Centro de Procesamiento no puedan usar el ordinario.

²⁷¹ Tal sistema de codificación de valores (acciones de sociedades anónimas, obligaciones, participaciones en fondos de inversión, pagarés, etc.) pretende una operatividad normalizada en un mercado dominado por las transacciones electrónicas, si bien la propia circular advierte que la asignación de estos atributos alfanuméricos no implica ningún pronunciamiento sobre la regularidad del instrumento codificado, su naturaleza, su mecanismo de circulación o la legalidad de su emisión.

²⁷² En la misma se reconoce la posibilidad de manifestar y documentar los actos de la Administración, o dirigidos a la misma, con las debidas cautelas y requisitos de garantía, por medios informáticos, y teniendo, con carácter general, valor probatorio. Así en su art. 45, «Incorporación de medios técnicos», fundamentalmente en sus apartado 1 y 5:

«1.— Las Administraciones Públicas impulsarán el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias, con las limitaciones que la utilización de estos medios establecen la Constitución y las Leyes.

2.— Cuando sea compatible con los medios técnicos de que dispongan las Administraciones Públicas, los ciudadanos podrán relacionarse con ellas para ejercer sus derecho a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos o telemáticos con respeto de las garantías y requisitos previstos en cada procedimiento.

3.— Los procedimientos que se tramiten y terminen en soporte informáticos garantizarán la identificación y el ejercicio de la competencia por el órgano que la ejerce.

en la *Ley Orgánica del Poder Judicial*²⁷³, y por último en el *Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero*, sobre la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado²⁷⁴

Pero también la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, ya con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo Código Penal de 1995, fue sensible a estos cambios estructurales, y así son significativas dos únicas sentencias respecto al ámbito de lo que se ha venido denominando «falsificaciones informáticas».

En primer lugar, respecto a falsificaciones vinculadas con el ámbito informático, la **Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 1991** (R.J.A. 6388/91, Ponente D. Joaquín Delgado García), por la que se condenó el encargado de la contabilidad de una empresa que al sumar los albaranes que diariamente recibía junto con el dinero correspondiente de cada una de las cuatro sucursales de

4.— Los programas y aplicaciones electrónicos, informáticos y telemáticos que vayan a ser utilizados por las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus potestades habrán de ser previamente aprobados por el órgano competente, quien difundirá públicamente sus características.

5.— Los documentos emitidos, cualquiera que sea su soporte, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por las Administraciones Públicas, o los que se emitan como copias de originales almacenados por estos mismos medios, gozarán de la validez y eficacia de documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, la recepción por el interesado, así como el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos por esta u otras Leyes».

²⁷³ En su art. 230, apartados 1 y 2, conforme a la nueva redacción dada por la L.O. 16/1994, de 8 de noviembre:

«1.— Los Juzgados y Tribunales podrán utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos y telemáticos para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, con las limitaciones que a la utilización de tales medios establece la Ley Orgánica 5/92, de 29 de octubre, y demás leyes que resulten de aplicación.

2.— Los documentos emitidos por los medios anteriores, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales».

²⁷⁴ En su art. 3 define el documento como «entidad identificada y estructurada que contiene texto, gráficos, sonidos, imágenes o cualquier otra clase de información que puede ser almacenada, editada, extraída e intercambiada entre sistemas de tratamiento de la información o usuarios como una unidad diferenciada».

tal entidad mercantil, deliberadamente hacía constar en las hojas de caja que cada día tenía que confeccionar para pasarlas a un ordenador en donde se llevaba la contabilidad oficial, una cantidad inferior a la verdadera suma total, quedándose para sí con la diferencia²⁷⁵, alterando consecuentemente la contabilidad empresarial, como autor de un delito de apropiación indebida y otro de falsificación en documento mercantil²⁷⁶. Dicha Sentencia, en su Fundamento de Derecho Tercero y como respuesta a la primera pretensión del recurrente de aplicación indebida del delito de falsedad documental porque sólo se descontaba de facto el importe de algún albarán, pero sin hacerlo desaparecer y sin omitirlo, sostiene que en la resolución de instancia se le condenó «no por falsedad en los albaranes ni en ninguno de ellos en concreto, sino por la mendacidad que se cometió en las hojas diarias en que se reflejaba el resumen de los ingresos varios de la empresa, cuyos datos luego pasaban al ordenador que recogía la contabilidad total, con alteración de la verdad, pues se hacían constar ingresos inferiores a los reales apropiándose para sí de la diferencia, lo que encaja dentro de la figura de falsedad ideológica del núm. 4 del art. 302».

Y complementando lo anterior, en su Fundamento de Derecho Cuarto, al exponer la delimitación jurisprudencial del concepto de documento mercantil, efectuada con «un criterio de carácter positivista que parece el más adecuado a los principios de seguridad jurídica y legalidad», considera incluidos en el mismo aquellos otros que, aunque no estén directamente recogidos en la legislación mercantil, han de serlo «conforme al principio de accesoriadad» cuando el acto o contrato principal al que se refieren es mercantil, sosteniendo a continuación que tal condición, calificación, o nota se da a los libros que llevan las empresas para recoger su contabilidad, y «que se extiende a los libros y hojas auxiliares que sirven para proporcionar los datos que han de pasar a los libros oficiales, siempre que no se trate de notas, apuntes o cuadernos que sólo sirven para control privado o uso particular de empresarios o administradores». Con lo que ya se reconocía im-

²⁷⁵ Que llegó a alcanzar en aproximadamente un año la cantidad de 8.436.960.- pesetas.

²⁷⁶ La sentencia del Alto Tribunal de facto confirmó los pronunciamientos básicos de la sentencia de instancia, si bien estimó el recurso de casación al apreciar concurrente en el delito de apropiación indebida la circunstancia atenuante de arrepentimiento espontáneo.

plícitamente en la resolución citada el carácter de documento mercantil al soporte magnético contenido en el ordenador y en donde se grababan los asientos contables, y su consideración como «libro de contabilidad».

En cuanto a las falsificaciones de documentos informáticos estrictu sensu, es altamente significativa la **Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1991** (R.J.A. 2813/91, Ponente D. Francisco Soto Nieto), por la que se condenó al apoderado de una entidad bancaria que, mediante alteraciones contables a través del ordenador, consiguió la transferencia y apropiación de determinadas sumas de dinero de clientes de la entidad, como autor de un delito continuado de falsedad en documentos mercantiles y de apropiación indebida, y sobre la que entraremos en este último aspecto en un análisis más profundo con posterioridad al referirnos a las acciones de manipulaciones informáticas defraudatorias patrimoniales en nuestra jurisprudencia²⁷⁷, efectúa unas nuevas consideraciones conceptuales respecto a los documentos elaborados por medios informáticos. Así en su Fundamento Jurídico Cuarto sostiene que *«el concepto de documento, actualmente, no puede reservarse y ceñirse en exclusividad al papel reflejo y receptor por escrito de una declaración humana, desde el momento que nuevas técnicas han multiplicado las ofertas de soportes físicos capaces de corporeizar y dotar de perpetuación al pensamiento y a la declaración de voluntad; una grabación de vídeo, o cinematográfica, un disco o una cinta magnetofónica, los disquetes informáticos, portadores de manifestaciones y acreditamientos, con vocación probatoria, pueden ser susceptibles de manipulaciones falsarias al igual que el documento escrito»*.

Y a continuación afirmaba que *«una inspiración ampliatoria late en el art. 560 del Código Penal²⁷⁸ al aludir, diferenciadamente, a «papeles o documentos». En el propio campo de la Administración Pública se extiende el uso de nuevas tecnologías en la llevanza de los Registros. Se impone un concepto material de documento, en racional y fundada homologación de los más adelantados y funcionales medios con los sistemas tradicionales imperantes hasta ahora»*.

Esta sentencia, que ha tenido una importancia excepcional para entender un nuevo tratamiento de los supuestos de falsedad conteni-

²⁷⁷ Ver Apartado VII.1.1.3. ut infra.

²⁷⁸ Del texto punitivo entonces vigente que se refería al delito de daños: «El incendio o la destrucción de papeles o documentos...».

dos en los antiguos artículos 302 y 303 del C.P., plasma, sin necesidad de una interpretación extensiva analógica, un nuevo concepto material de documento, en racional y fundamentada homologación con los medios más avanzados y funcionales utilizados ya por aquel entonces. En este sentido continúa la citada sentencia reconociendo en su fundamento jurídico quinto que *«algunos delitos tipificados en el Código sustantivo admiten hoy su realización aun con instrumentos diferentes de los naturalmente concebibles al tiempo de su configuración legal, tales los medios informáticos, de generalizada e irreversible utilización, desplazando implacablemente los procedimientos manuales alternativos, hasta el extremo y con tal intensidad que difícilmente podrían sobrevivir muchas empresas sin el auxilio de la técnica informática»*, y que esta técnica *«viene apoyada sobre tres conceptos o manifestaciones que la configuran: grandes ordenadores que albergan una considerable información en forma de bases de datos, usuarios dispersos que, a través de redes de comunicaciones, acceden a aquélla, y ordenadores individuales que siguen trabajando y alimentando el ordenador central, como terminales del mismo»* y que *«es en estos terminales donde pueden llevarse a efecto manipulaciones alteradoras de la verdad real, introduciendo movimientos falsos en todo o en parte o eliminando transacciones verdaderas que debieron ser introducidas, todo con correlativo reflejo e incorporación al soporte material magnético instalado en el ordenador central»*; para afirmar finalmente que *«Los tradicionales instrumentos de contabilidad han sido traspasados a enunciados mecanismos informáticos, y, en última sede, al disco o soporte corpóreo asentado en el ordenador central. Sus datos obtienen inmediata traducción legible en pantalla o se resuelven, merced a su instantánea impresión, en reproducción escrita en papel»*.

Para finalizar esta referencia jurisprudencial, la sentencia liga al relato fáctico las consecuencias jurídicas establecidas en los arts. 303 y 302, núm. 1 y 4, al sostener en su Fundamento Jurídico Sexto que *«admitida la condición de documento de la cinta o disco magnético acumulador o estabilizador de datos, con adecuada perdurabilidad, deviene correcta la calificación de la sentencia²⁷⁹»*, y finaliza que *«el hecho de que el delito esté ligado a la informática no hace cambiar el carácter de la infracción criminal»*.

²⁷⁹ En referencia a la sentencia de instancia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Granada de 29 de noviembre de 1989.

Nuestro nuevo Código Penal de 1995, más que seguir los mismos criterios que en otros países se habían adoptado respecto a una formulación de nuevas figuras delictivas complementarias, en cuanto a la sanción de la falsificación de los llamados documentos informáticos, como había sucedido en Alemania²⁸⁰, Francia²⁸¹, o Portugal²⁸², prefirió dar carta de naturaleza expresa a la conceptualización material de documento perfilada por la doctrina, la jurisprudencia, y la normativa ya existente que brevemente hemos referenciado, efectuando una modificación del concepto de documento a efectos penales con una nueva redacción, generosa y amplia, de sus términos, en el contenido del nuevo art. 26, esto es, en la Parte General (Libro I) del Código:

²⁸⁰ En este sentido la reforma del Código Penal alemán, llevada a cabo por la Segunda Ley de Lucha contra la Criminalidad Económica, de 15 de mayo de 1986, (2.WiKG), que regula, junto con las figuras tradicionales de falsificación y uso de documentos falsos, en el párrafo 269, la denominada falsificación de datos de valor probatorio: «quien con ánimo de provocar un engaño en el tráfico jurídico registre o altere datos con valor probatorio, de tal manera que si fuesen perceptibles constituirían un documento inauténtico o falso, o utilice esta clase de datos registrados o alterados, será castigado con una pena privativa de libertad hasta cinco años o con pena de multa».

Son de señalar también el párrafo 273 respecto a la falsedad ideológica (al incluirse junto a los libros, documentos, o registros, también los datos), y el párrafo 303, sobre destrucción de datos: «quien ilícitamente cancele, oculte, inutilice o altere datos...».

²⁸¹ El Código Penal francés, en su art. 462.5, castiga la falsificación de documentos informatizados: «quien de cualquier manera falsifique documentos informatizados, con intención de causar perjuicio a otro, será castigado con prisión de uno a cinco años y multa de 20.000 a 2.000.000 de francos».

²⁸² Ya en la primera reforma del Código Penal portugués, de 1982, se recogió en su art. 230 la sanción de la falsificación de lo que denomina «anotaciones técnicas», siempre que se realicen con intención de causar un perjuicio a otro o al Estado, o para obtener para sí mismo o para un tercero un beneficio ilegítimo, entendiendo por anotación técnica: «la anotación de un valor, de un peso, de una medida, de un estado o del curso de un acontecimiento hecho a través de un aparato técnico que activa, total o parcialmente, de forma automática, que permite reconocer a la generalidad de las personas o a un cierto círculo sus resultados y que se destina a la prueba de un hecho jurídicamente relevante, con independencia que este destino le sea dado en el momento de su realización, o posteriormente».

«A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica».

De tal manera que, inicialmente, las falsedades documentales contenidas en el título XVIII del libro II son plenamente aplicables a los documentos elaborados por medios informáticos, electrónicos y telemáticos, sin necesidad de operar modificación alguna en la Parte Especial del Código Penal, y optando el legislador no por una punición independiente o diferenciada de la falsificación de los llamados documentos informáticos²⁸³, con un reconocimiento expreso o implícito de sus peculiaridades como delito informático contra la seguridad jurídica, sino equiparando éstos no sólo a las meras falsificaciones efectuadas por vía informática, sino incluso a los documentos tradicionales, los escriturados en papel, y, consecuentemente, asumiendo plenamente el criterio sentado con anterioridad por la jurisprudencia, ya visto, de *«el hecho de que el delito esté ligado a la informática no hace cambiar el carácter de la infracción criminal»*.

Pero tal equiparación, obvia supuestos que deben tener un tratamiento específico y distinto al verse afectada no sólo la seguridad jurídica, sino también, y principalmente, constituir un atentado serio y grave a los nuevos bienes, valores o intereses globales derivados de la sociedad del riesgo informático y de la información. Sirva como ejemplo los supuestos de **simulación de páginas web**, sobre los que volveremos con mayor detenimiento más adelante²⁸⁴, consistentes, en síntesis, en la creación de páginas web en Internet por simulación de otras preexistentes, dando lugar a confusión del usuario que busca un servicio o realizar una contratación, acto o negocio electrónico bien con el titular original, bien con el adecuado, y así lograr capturar el número y

²⁸³ Incluyo en tal expresión, naturalmente, tanto los estrictamente informáticos, como los electrónicos y los telemáticos.

²⁸⁴ Ver Sección IV.3 ut infra, en cuanto a que la mayoría de ocasiones estas acciones van a constituir precisamente la manipulación informática adecuada para obtener un traspaso patrimonial.

clave de la tarjeta de crédito con la que aquél va a operar²⁸⁵ por vía telemática; y tales actos no puede quedar ajenos al ámbito penal, aunque no llegue a producirse un traspaso patrimonial, un perjuicio efectivo del usuario o tercero, o la materialización de un beneficio económico para el titular de la web mendaz, que suele ser, no obstante, el ánimo o finalidad perseguida por éste, constituyéndose tales acciones en ilícitos de riesgo informático y de la información, y debiendo ser considerada una página web, desde el punto de vista legal, precisamente como un documento electrónico y no como un mero método o medio publicitario, o un signo identificativo empresarial, resultando por lo demás inadecuada o imposible, la mayoría de veces, su subsunción bajo las figuras delictivas tradicionales o modernamente configuradas contra la propiedad intelectual o industrial, o en las correspondientes a las manipulaciones informáticas defraudatorias patrimoniales, o incluso en los delitos contra los consumidores y el mercado, deviniendo no obstante en adecuada, ab initio, su ubicación como ilícito de falsificación informática.

Resumiendo, vuelvo a insistir que desde mi punto de vista, y en la formulación inicial de un necesario Derecho Penal Global del Riesgo Informático y de la Información, se hace preciso distinguir y efectuar un tratamiento diferenciado de tales modalidades en cuanto a su posible inclusión como falsedades documentales tradicionales, pues si bien efectivamente no toda falsificación de documentos realizada por medios informáticos, electrónicos o telemáticos o que afecte a datos informatizados implica, por ese solo hecho o circunstancia de vinculación a la informática o a las nuevas tecnologías, un cambio absoluto ni de su carácter de infracción criminal ni de la naturaleza jurídica del delito, sí aquellos supuestos de falsedad o falsificación de documentos informáticos o telemáticos que suponen un quebranto no sólo de la seguridad del tráfico jurídico, sino también de la veracidad de la información, de los datos contenidos en ellos, y de la seguridad y fiabilidad de los medios, sistemas y redes informáticos y telemáticos, y que podremos califi-

²⁸⁵ Normalmente para el pago bien del mero acceso al contenido de la web, bien del servicio a prestar o de la contratación sobre bienes.

car como enmarcable en el Derecho Penal Global del Riesgo Informático y de la Información, si bien normalmente a título de delito informático impropio y siempre que no viniera ya su previsión legal en base a otra de las áreas precedentes de la intimidad, la económica, etc...

III.6

CONCLUSIONES A MODO DE RESUMEN: CONCEPTUACIÓN DEL DELITO INFORMÁTICO EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL GLOBAL DEL RIESGO INFORMÁTICO Y DE LA INFORMACIÓN: EL DELITO DE RIESGO INFORMÁTICO Y DE LA INFORMACIÓN

Los iniciales criterios de conceptualización y clasificación tipológica de los delitos informáticos han sido eminentemente criminológicos, habiéndose centrado aquélla bien en la forma de manifestación de la conducta ilícita, bien en el momento o fase de afectación del proceso informático. Tales criterios han evolucionado a tenor de la progresión de las nuevas tecnologías informáticas, de telecomunicación y telemáticas, efectuándose unas conceptualizaciones y clasificaciones más actuales en base a parámetros distintos, pero continuando equiparando el concepto de delito informático a delito vinculado con la informática, y estableciendo la tipología principalmente en torno al área o interés jurídico objeto de afectación, en adecuación a los criterios de estructuración tradicional de los cuerpos legales de cada país, y atendidos los bienes jurídicos clásicos objeto de protección. No obstante, en la actualidad es preciso reelaborar la conceptualización del delito informático, delimitándolo del concepto mucho más genérico y amplio de delito vinculado a la informática, y su estructuración tipológica en base a la información en sí misma como valor o interés colectivo, y no sólo individual o personal, susceptible de protección penal, con delimitación diferenciada con cualquier otro ilícito o delito en los que apareciendo implicadas la informática, la telecomunicación, la telemática o las nuevas tecnologías de procesamiento y transmisión o transferencia de datos, aquélla no resulte directa o indirectamente afectada. Incluso otros conceptos han evolucionado, como el de programa informático

en cuanto, como sostiene TORTRAS²⁸⁶ aunque sea de forma simple, constituye no sólo la expresión escrita del pensamiento de su autor, sino también «el medio que origina el funcionamiento de una sofisticada máquina». No puede ser ya actualmente conceptualizado el delito informático como todo delito vinculado a la informática o a la información, sino en su configuración como delito del riesgo informático y de la información.

Y ya DAVARA, en base a la apreciación de las características especiales que considera concurrentes en la comisión de un delito por medios informáticos²⁸⁷, sostenía la necesidad de un tratamiento autónomo en el estudio de las acciones delictivas cometidas por medios informáticos (lo que para él eran delitos informáticos), habida cuenta de tales particularidades y características diferentes e independientes, y su implicación con otras ya definidas y estudiadas en el Derecho Penal clásico. Y afirmaba la necesidad de realizar tal tratamiento y estudio de forma independiente de la rama del Derecho en la que se incluyera, utilizando tal expresión en un doble sentido, por un lado al propugnar la sustantividad del «Derecho Informático» o «Derecho de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones», basada en las implicaciones de dichas tecnologías y el consecuente desarrollo social, y, por otro lado, en la gran diversidad de áreas, ámbitos y actividades sociales que pueden verse afectadas y están necesitadas de medidas de protección, no sólo penales sino también civiles, administrativas o mercantiles, ante tales acciones ilícitas y garanticen una seguridad jurídica.

Por nuestra parte, y de lo expuesto en anteriores apartados, podemos establecer las siguientes conclusiones:

1.— *El concepto de delito informático* ha venido evolucionando con la propia sociedad. Desde una conceptualización limitativa en cuanto al área de afectación, asociándolo al ámbito económico, si bien simultáneamente extensiva en cuanto venía referido a la utilización de medios

²⁸⁶ TORTRAS: «La informática y...», cit., pág. 120, siguiendo a LAWRENCE PERRY («The World Intellectual Property Organization Model Provisions»).

²⁸⁷ DAVARA RODRÍGUEZ, M.A.: «Manual de...», *op. cit.*, pág. 301, considera que son tres: la rapidez y acercamiento en tiempo y espacio de su comisión, facilidad para encubrir el hecho y facilidad para borrar las pruebas.

informáticos para la comisión de delitos tradicionales, y pasando por otras concepciones como la más genérica de *delito vinculado a la informática*, a la más reciente de *delito de datos y/o información*, esto es todo comportamiento ilícito que supone un ataque a la información, los datos, los programas y la seguridad y fiabilidad de los sistemas informáticos y telemáticos. Ahora bien, atendida la conformación de la Sociedad actual como una *Sociedad Global del Riesgo y de la Información*, la concepción de delito informático debe reelaborarse en torno a la apreciación de nuevos bienes jurídicos necesitados de protección penal y unas características peculiares y significativas que aunan sus más diversas modalidades de manifestación criminológica, dándoles una cierta entidad y sustantividad común y propia, requerida de un tratamiento jurídico penal específico en lo que se configura como objeto principal de un *Derecho Penal Global del Riesgo Informático y de la Información*, y viene a formularse como *Delito del Riesgo Informático y de la Información*.

2.— El delito informático en tales términos debe configurarse en la actualidad como un *delito pluriofensivo*, en el que, pudiendo coexistir otros bienes jurídicos tradicionales protegidos, el nuevo y más relevante bien jurídico protegible es la información en sí misma, como bien o valor económico social y no sólo individual, y secundariamente los datos informáticos en sí mismos y en cuanto representación de aquélla, o los sistemas y redes informáticos y de telecomunicaciones, su seguridad, y la fiabilidad colectiva de la sociedad en ellos, en cuanto vías o medios de procesamiento, transferencia, acceso y conocimiento de la información.

3.— Su naturaleza jurídica no debe ser la de delito de resultado sino la de *delito de riesgo abstracto*, debiendo constituirse siempre en un ilícito penal en cuanto exista un grave y serio riesgo de afectación de este nuevo bien jurídico, con independencia del requerimiento por alguna figura concreta, además, y en su caso, de un resultado perjudicial, lesivo o dañino de un bien jurídico tradicional, individual o colectivo, también protegido y concurrente, lo cual, sin embargo es más propio de ser tratado en el ámbito de los perjuicios económicos y daños patrimoniales y morales derivados del delito, y servir de base para la determinación de las cuantías de las responsabilidades civiles, o, en todo caso, para configurar tipos cualificados, eludiendo así las formas imperfectas de ejecución.

4.— En su caracterización genérica aparece frecuentemente con una *continuidad delictual, de consumación instantánea y efectos permanentes, y en donde se encuentra siempre presente un ánimo de lucro genérico.*

5.— Debido a la continua evolución de las nuevas tecnologías para su formulación tipológica requiere la creación de *tipos delictivos amplios, utilizando conceptos jurídicos indeterminados o leyes penales en blanco, y elaborados con criterios uniformes a nivel internacional.*

Por todo ello debemos concluir que el uso indebido de elementos o sistemas informáticos y de telecomunicación, así como cualquier otro comportamiento abusivo por cualquier otro método, medio, o mecanismo apto para ello, que suponga un ataque grave directo a la información en sí misma, o bien a los datos, programas, sistemas o redes informáticos y de telecomunicaciones, en cuanto sea susceptible de afectar a la misma en relación a la seguridad, fiabilidad y pacífica utilización, desde un punto de vista social y colectivo, de tales medios y vías de representación, almacenamiento, tratamiento y transferencia de aquella, constituye lo que debe ser la noción del delito informático, en su nueva configuración conceptual como *delito del Riesgo Informático y de la Información*, y cuyas modalidades debe ser objeto de previsión expresa por la legislación penal, y de análisis en el ámbito de un *Derecho Penal Global del Riesgo Informático y de la Información*. Si no hay posibilidad de afectación, directa o indirecta, de la información, no cabe hablar de delito informático en su noción de delito del riesgo informático y de la información.

SEGUNDA LECTURA

Rovira del Canto, E. (2002). *El delito de riesgo informàtico en el àmbito exonòmico*. Rovira del Canto, E. Delincuencia informàtica y fraudes informàticos. Granada, España. Editorial COMARES, pp. 189-280.

El àrea de mayor afectaci3n criminol3gica, tanto cualitativa como cuantitativamente, era y sigue siendo el àmbito econ3mico. As3 surge lo que se ha denominado la segunda oleada de reformas legislativas a ra3z de la necesidad de proteger los nuevos bienes surgidos con la aparici3n de nuevas tecnolog3as.

ENRIQUE ROVIRA DEL CANTO

*Magistrado. Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Penal.
Oficial Superior del Cuerpo Jurídico Militar (Armada), en excedencia*

DELINCUENCIA INFORMÁTICA
Y FRAUDES INFORMÁTICOS

Granada, 2002

BIBLIOTECA COMARES DE CIENCIA JURÍDICA

Director de publicaciones:
MIGUEL ÁNGEL DEL ARCO TORRES

ESTUDIOS DE DERECHO PENAL
dirigidos por

Carlos María Romeo Casabona

33

© Enrique Rovira del Canto

Editorial COMARES
Polígono Juncaril, parcela 208
18220 Albolote (Granada)
Tlf. (958) 46 53 82 • Fax (958) 46 53 83

E-mail: comares@comres.com
<http://www.comares.com>

ISBN 84-8444-467-8 • Depósito legal: GR. 64-2002

Fotocomposición, impresión y encuadernación: EDICIONES EL PARTAL, S.L.

IV

EL DELITO DE RIESGO INFORMÁTICO Y DE LA INFORMACIÓN EN EL ÁMBITO ECONÓMICO

IV.1. LOS DELITOS INFORMÁTICOS EN EL ÁMBITO ECONÓMICO

Entre los comportamientos que hemos venido conceptuando como actuales delitos informáticos, el área de mayor afectación criminológica, tanto cualitativa como cuantitativamente, era y sigue siendo el ámbito económico, lo cual, como ya hemos visto en Capítulos anteriores, determinó la elaboración de las clásicas clasificaciones de los delitos informáticos en general, como la formulada por LAMPE¹, y asumida por otros autores como SIEBER y GUTIÉRREZ FRANCÉS, y que, recordemos, daba lugar a un enfoque y análisis de la delincuencia informática desde la consideración global como delitos vinculados a la informática en cuanto a su medio comisivo, y desde la perspectiva del entonces emergente, en la década de los ochenta, Derecho Penal Económico, rama del Derecho Penal muy confusa, como ya se recogía en las actas del Coloquio Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal celebrado en 1982 en Freiburg-en-Brisgau (Alemania), sobre el tema «Conceptión y principios del Derecho Penal económico y de los negocios»², in-

¹ LAMPE: «Die strafrechtliche Behandlung...», cit.; ver Subsección III.5.1. ut supra.

² A.I.D.P. (Asociación Internacional de Derecho Penal): «International Review of Penal Law», Vol. 54, núm. 1 y 2, 1983, que recoge el informe general, págs. 41 y ss., el informe español, págs. 215 y ss. y el informe francés, págs. 275 y ss.

cluso en la actualidad, y mal conocida como afirma y sigue sosteniendo PRADEL³, tanto por un lado en cuanto a sus límites, pues, como recoge dicho autor, aunque la doctrina generalmente divide esta rama en dos grupos, los delitos de derecho común perpetrados en el mundo de los negocios (estafa, encubrimiento, abuso de confianza, corrupción...), y los delitos específicos de carácter económico en el tráfico mercantil o en el ejercicio de los negocios (delitos financieros, en materia de competencia, de consumo y del medio ambiente, de sociedades, laboral, de derecho bursátil, de crédito o de préstamo...) la consideración de los ilícitos como objeto de esta rama del Derecho sigue siendo confusa; como, por otro lado, a tenor de «la complejidad que encontramos al intentar conciliar el mundo de los negocios y su actividad y los principios penales que imperan», siendo además «un derecho que provoca aprehensión»⁴, convirtiendo esta rama del Derecho penal en un derecho en constante evolución, un derecho dinámico en su crecimiento, lo que impide una cierta seguridad jurídica».

Desde tal punto de vista del Derecho penal económico, una clasificación que se ha venido aceptado la doctrina moderna distingue la criminalidad informática en cuatro grupos⁵:

1.º Espionaje informático, como invasiones no autorizadas en instalaciones (y programas) ajenos e investigaciones de datos ajenos, dentro del cual incluye el hacking.

2.º Sabotaje informático, o deterioro o destrucción de datos.

³ PRADEL, J.: en su artículo «Derecho penal económico francés. Algunos aspectos actuales», Revista del Poder Judicial núm. 49, Primer Trimestre de 1998, Madrid, 1998, pág. 361.

⁴ Motivado según dicho autor en que el número de hombres de negocios que van siendo perseguidos judicialmente va aumentando paulatinamente, y porque un número significativo de procesos tienen origen en una denuncia, demanda o querrela civil, es decir una petición civil, dadas las facilidades de menos gastos por costas o más baratas que las legislaciones de muchos países (como la francesa y la española sobre todo) imponen a la parte acusadora particular o civil. *Ult. op. cit.*, pág. 362.

⁵ Así HILGENDORF: «Grundfälle zum...», *cit.*, pág. 510; y siguiendo al anterior, PÉREZ DEL VALLE: «Sociedad de riesgos...», *cit.*, pág. 76.

3.º Manipulación informática, esto es la alteración de datos con el objetivo de influir en el resultado del procesamiento de datos.

4.º «Hurto de tiempo»: utilización no autorizada del tiempo de procesamiento de un ordenador.

A esta clasificación, sin embargo, se le fueron efectuando por la doctrina una serie de precisiones delimitativas; en primer lugar se ha venido independizando y dando un tratamiento autónomo y distinto del espionaje informático a la conducta del intrusismo informático o hacking; en segundo lugar, en referencia al sabotaje informático, la destrucción o deterioro no va a ser únicamente de datos, sino también de programas; en tercer lugar se va a ampliar el término de manipulación informática a lo que ha venido a denominarse Fraude informático; y por último, la figura del «hurto de tiempo informático» va a perder entidad como ilícito penal, y bajo su concepto van a incluirse conductas referidas a usos abusivos de equipos, sistemas y redes informáticas.

Por ello al referirse a los delitos económicos vinculados a la informática o a lo que ha venido a denominarse por la doctrina como «delitos económicos específicamente informáticos»⁶, SIEBER en sus recientes y últimos trabajos y estudios, basándose en las reformas legales operadas en las diferentes legislaciones europeas, principalmente durante los años 80, lo que dicho autor ha venido a denominar como segunda oleada de reformas legislativas específicamente informáticas⁷, surgidas a raíz de la necesidad tanto de protección de los nuevos bienes surgidos con la aparición de las nuevas tecnologías, fundamentalmente bienes intangibles, como los depósitos de dinero bancarios o los programas informáticos, como de hacer frente a las nuevas vías o métodos de comisión de los delitos, como la utilización de manipulaciones informáticas en lugar del engaño a un ser humano, distingue las siguientes modalidades básicas:

⁶ Expresión utilizada por ejemplo por SIEBER («Legal Aspects...», cit., pág. 68).

⁷ SIEBER: «Legal Aspects...», cit., pág. 68, tras la primera que fue la relativa a la protección de la intimidad, y que se desarrolló a principios de los 80 desde la perspectiva de una reacción frente al considerado delito económico vinculado a la informática.

- 1.- Acceso informático ilegal o «Hacking informático».
- 2.- Espionaje informático.
- 3.- Piratería de Software y Piratería de Otros Tipos de Productos.
- 4.- Sabotaje informático y Extorsión informática.
- 5.- Fraude Informático.

Pues bien, de tal enfoque de la delincuencia informática desde la perspectiva del Derecho penal económico, entiendo debemos pasar a su análisis desde la perspectiva de lo que hemos venido exponiendo como delitos de riesgo informático y de la información en el ámbito económico, siéndoles pues añadido a la naturaleza específica, sustantiva, y propiamente informática predominante en la estructuración del ilícito, el calificativo del área o campo tradicional sobre el que recae el comportamiento delictivo, y debiendo entonces diferenciar de todos aquellos supuestos de ilícitos vinculados a la informática incidentes en el ámbito económico, aquellos supuestos de ilícitos específicamente informáticos que suponen un ataque al ámbito económico y sus estructuras, bien en su aspecto patrimonial restrictivo, bien en su aspecto financiero o de seguridad del mercado, además de los nuevos bienes jurídicos ya analizados propios de la sociedad global del riesgo informático y de la información, que son, no obstante, los principales bienes jurídicos susceptibles de tutela penal en este campo.

Y así, dentro de los ilícitos informáticos en el ámbito económico, y siguiendo los esquemas clasificativos vistos, a pesar, insisto, de que dichos autores sigan refiriéndose a los mismos como «ilícitos económicos» a los que añaden la calificación de «informáticos» o «vinculados a la informática», podemos diferenciar las siguientes modalidades básicas:

- 1.- Acceso informático ilegal o «Hacking informático».
- 2.- Hurto de tiempo informático.
- 3.- Espionaje informático.
- 4.- Piratería de Software y Piratería de otros tipos de Productos.
- 5.- El Sabotaje Informático.
- 6.- El Fraude informático.

Vamos a analizar someramente cada una de ellas, y la respuesta que, en su caso, ha dado la legislación española, fundamentalmente a través del Código Penal de 1995, si bien respecto del fraude informático y de las manipulaciones informáticas defraudatorias patrimoniales voy a efectuar un tratamiento autónomo en otras secciones propias e independen-

dientes⁸, y su respuesta legal penal por parte del legislador patrio va a ser objeto de análisis en otro capítulo⁹.

IV.1.1. ACCESO INFORMÁTICO ILEGAL O HACKING INFORMÁTICO

El término «hacking» tradicionalmente describe la mera entrada o acceso a sistemas informáticos por el mero gusto de superar las medidas técnicas de seguridad, esto es, sin intención o finalidad alguna de manipulación, defraudación, sabotaje, o espionaje. De aquí la necesidad de su tratamiento autónomo, y, además, en una configuración como el ilícito básico de casi todas las restantes modalidades de delitos informáticos en el ámbito económico.

En la práctica esta modalidad de ilícito informático es la más frecuente. Así, por ejemplo, recogen KASPERSEN¹⁰ y SIEBER¹¹ que en una estadística alemana de 1991, los casos de hacking suponían aproximadamente una quinta parte de todos los ilícitos informáticos, siendo su cifra negra o zona oscura muy amplia y extensa, debido a que a menudo las tentativas de lograr el acceso a un sistema informático no pueden ser constatadas ni advertidas.

La extensión de Internet ha supuesto un efecto multiplicador en la comisión de estos ilícitos. En el último informe del FBI y el Computer Security Institute referido al año 1998, de un total de 520 empresas consultadas en EE.UU., el 60% admitió haber padecido algún acceso y utilización no autorizada de sus sistemas informáticos y telemáticos, y más del 50% de los incidentes habían llegado por Internet.

En España, la constatación pública de importantes y graves accesos ilegales a sistemas informáticos se tiene ya en 1995 con la entrada en los servicios informáticos de la Universidad Carlos III de Madrid, recogiendo ya en 1996 el primer caso de interceptación de correo electrónico. Pero es en 1997 cuando tiene lugar la investigación, descubrimiento y esclarecimiento por parte de la entonces Unidad de Delincuen-

⁸ Ver Secciones IV.2 y IV.3 ut infra.

⁹ Ver Capítulo VIII ut infra.

¹⁰ KASPERSEN: en SIEBER: «Information technology...», cit., pág. 347.

¹¹ SIEBER: «Legal Aspects...», cit., pág. 41, nota 41, en cita al anterior.

cia Informática (actualmente Grupo de Delitos de Alta Tecnología) de la Guardia Civil, en la denominada «Operación Toco», del primer gran caso de hacking español, cuando dos estudiantes de la Universidad Rovira i Virgili de Tarragona fueron detenidos por acceder ilegalmente al sistema informático de la Universidad, logrando también el acceso a las de Valencia, Málaga y Córdoba, al del Centro de Supercomputación de Catalunya, y al del Registro mercantil de Tarragona ¹². Con posterioridad en 1998 es significativo el caso «Hispahack», en el que cuatro personas fueron detenidas por entrar en sistemas de diversas universidades, proveedores de acceso a Internet, el Congreso de los Diputados y la NASA.

Las estadísticas policiales españolas sobre estas acciones delictivas no son claras, al no haber un criterio uniforme ni en la clasificación de los delitos informáticos, y lo que es peor, ni tan siquiera en torno a una adecuada conceptualización de lo que es un delito informático. Así vemos que en la estadística interna referente a 1998 de la entonces Unidad de Delitos Informáticos de la Guardia Civil, los casos de delincuencia informática investigados fueron clasificados en los siguientes grupos: revelación de secretos (un 41,9%), daños en sistemas informáticos (el 12,9%), copia ilegal de programas (el 12,9%), fraude electrónico ¹³ (el 8,1%), pornografía infantil (6,5%), falsificación de equipos (el 6,5%), y otros delitos como amenazas, suplantaciones, etc... (el 11,2%) ¹⁴.

Según una más reciente, aunque muy limitada, estadística relativa al año 1999 divulgada por los medios de comunicación social ¹⁵ y elabo-

¹² No obstante dichos jóvenes fueron inculcados en el procedimiento penal abierto por la presunta comisión de un delito contra la propiedad intelectual y otro continuado de revelación de secretos, y para los que el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación formulado en el mes de mayo de 1999 solicitó para uno de ellos una pena de dos años y siete meses de prisión y una multa de 306.000.- pesetas, y para el otro una pena de tres años de prisión y una multa de 378.000.- pesetas.

¹³ Que viene referido a los supuestos de utilización de números de tarjetas de crédito ajenos para hacer compras en Internet.

¹⁴ «El Mundo», jueves 13 de mayo de 1999, pág. 64.

¹⁵ Así en «El País», domingo 20 de febrero de 2000, sección Sociedad, Informática, págs. 36 y 37.

rada por la sección española del «Computer Emergency Response Team» (esCERT), llamada por algunos «la policía de Internet», que recoge los incidentes informáticos denunciados por empresas, un 35,9% de los mismos consistían en accesos ilegales a sus equipos y redes informáticas, y un 20,5% eran constatados intentos de entrada a los mismos, aunque en ningún caso se especificaba si se trata de meros actos de hacking o inicio de un ilícito informático más grave. Y en las últimas estadísticas internas del Grupo de Delitos de Alta Tecnología de la Guardia Civil, de una media semanal de 2 casos investigados en 1996, se ha pasado a 25 semanales de media en 1999, representando el acceso ilegal un 43% del total¹⁶.

De hecho, la actividad del mero acceso ilegal o ilícito, también denominado intrusismo informático, no tiene para parte de la doctrina una ubicación específica en un área tradicional de bienes jurídicos protegidos, si bien, como veremos más adelante en esta propia subsección o al tratar de las recomendaciones de organismos internacionales y supranacionales, se ha venido encauzando el estudio y análisis de tal acción ilícita como incidente en el campo de los ilícitos económicos, aunque las escasas respuestas legales en el Derecho comparado lo han venido tratando en otras áreas.

La doctrina ha venido posicionándose en torno a la necesidad o no de una respuesta penal a tal tipo de comportamientos. Y así, en pro de una no previsión legal penal del hacking, sobre todo en el ámbito económico, se ha venido sosteniendo las reticencias principalmente en torno a la ausencia tanto de un ánimo de lucro económico en el sujeto activo, como de un perjuicio patrimonial efectivo en la víctima o sujeto pasivo de la acción, normalmente titular del equipo, sistema o red objeto de intromisión.

Ciertamente de aceptar la primera observación, a tenor de la caracterización criminológica y sustantiva que con anterioridad he efec-

¹⁶ Aunque no es muy significativa, pues tal estadística integra confusamente en un mismo grupo de «revelación de secretos y daños» tanto los meros accesos ilegales como los ataques contra la intimidad o los sabotajes informáticos, completando la misma los ilícitos informáticos contra la propiedad industrial (14,3%) y la propiedad intelectual (19,5%) y los denominados «fraudes electrónicos» (9,5%).

tuado de los delitos de riesgo informático y de la información, ni tan siquiera pudiera esta conducta obtener tal calificación como actual delito informático, ni una naturaleza propia.

Sin embargo, en el hacking sí es de apreciar un ánimo de lucro en el sujeto activo. No es un ánimo de lucro restrictivo o exclusivamente económico, sino genérico o lo que nuestra doctrina y jurisprudencia ha venido considerando y calificando como «ánimo de lucro jurídico», consistente en la obtención de unas ventajas personales, consistentes primordialmente en los conocimientos técnicos que la superación de las barreras de seguridad informáticas otorga, de lograr una mayor y más extensa capacidad de libertad de acceso en equipos, sistemas y redes informáticas, de telecomunicación, o telemáticas, sin necesidad de autorización alguna o vulnerando los impedimentos, trabas o mecanismos informáticos de seguridad interpuestos por sus titulares, y finalmente el logro de un «prestigio» o reconocimiento dentro de las cerradas comunidades y colectividades sociales interesadas por las nuevas tecnologías, sus deficiencias y su vulnerabilidad.

Y en cuanto al perjuicio efectivo, debe puntualizarse que si bien en numerosos casos, el titular o usuario informático atacado no resulta efectivamente dañado o perjudicado desde un punto de vista patrimonial o económico en sentido estricto, no obstante sí hay una clara puesta en peligro de los intereses económico-patrimoniales contenidos en los programas o en los datos mismos a los que se tiene acceso, o simplemente en el esfuerzo o coste que le ha supuesto al titular el establecimiento de las medidas de seguridad para evitar tales accesos no autorizados; en estos casos, al menos debe apreciarse que sí se viola o la «formal esfera de la privacidad y del secreto» o «la integridad del sistema informático afectado». Además, en muchos supuestos estas conductas de acceso ilegal aparecen configuradas materialmente como actos preparatorios de comportamientos delictivos informáticos más graves, en donde sí aparecen unos perjuicios considerables, que sucede cuando posteriormente los autores usan su experiencia y los conocimientos adquiridos con sus logros de acceso para cometer o favorecer la comisión por terceros de acciones o actos de espionaje, sabotaje o fraude informáticos.

Actualmente las técnicas de hacking han evolucionado y cada vez más dependen en gran medida de los sistemas de telecomunicación y transmisión de datos. Las tradicionales formas de hacking en redes

informáticas fueron desarrolladas durante los años 80, y se basaban fundamentalmente en la inseguridad en el uso de los «passwords» (contraseñas) de tipo estándar, las cuales a menudo no eran cambiadas regularmente por los usuarios informáticos. Aunque desde entonces la concienciación sobre la necesaria seguridad tanto de los sistemas y redes informáticas como en el uso adecuado de passwords ha progresado y aumentado, en años recientes Internet ha traído nuevas técnicas de acceso, incluso indirecto o pasivo en donde es la propia víctima la que actúa «cayendo en las redes operativas latentes» y las activa, tales como IP, DNP, webs simuladas o «web spoofing», o la infiltración en redes informáticas mediante aplicaciones maliciosas en la web. Estos métodos se han desarrollado con quebranto de los protocolos establecidos para el uso de nuevos sistemas o redes de comunicaciones, como el IP (Internet Protocol) o el HTTP (Protocolo sobre Transferencia de Hipertexto).

Pero también los recientes desarrollos de la tecnología telefónica y de telecomunicaciones han conducido al hecho de que hoy en día el hacking no solamente afecte a sistemas informáticos clásicos sino cada vez más también a líneas telefónicas, contestadores telefónicos y sistemas de correo de voz. Ya tradicional y casi anticuado es el uso las denominadas «cajas azules» («blue box») y otros aparatos de señales, que los «hackers telefónicos» conectan en las centrales telefónicas locales de la compañía de teléfono y están en disposición de escuchar digitalmente las conversaciones de la zona «pinchada» de una localidad¹⁷.

Mas otras informaciones confidenciales o codificadas, especialmente de los números de tarjetas de acceso telefónico (denominadas tarjetas prepago) son obtenidas por estos métodos y posteriormente revendidas. La red digital ISDN y la combinación de teléfono y tecnología informática, sobre todo con la inminente entrada en el mercado de los denominados teléfonos móviles de tercera generación que incorporan sistemas informáticos con acceso a Internet, ya suponen nuevas formas de comisión no sólo abusivas sino plenamente ilícitas y delictivas.

¹⁷ Cita en revista «Focus» núm.. 17/1993, pág. 106.

Un ejemplo clásico de esta forma de hacking telefónico es un caso de 1992 recogido por SIEBER, en el que unos jóvenes alemanes penetraron en el ordenador de voz del Barclays Bank en Hamburgo a la cual los clientes del banco informaban del recibo de sus tarjetas de crédito incluyendo el correspondiente número de identificación personal así como anuncios en caso de pérdida o —dando el respectivo número secreto— cuando pedían un aumento de sus límites de crédito, logrando con tal intervención la información referente a tales datos confidenciales para su posterior uso ilícito ¹⁸.

La reacción legal en muchos países frente al hacking ha sido diferente, si bien en el ámbito penal ha ido dirigida o ubicada en figuras correspondientes a otra modalidad distinta de ilícito informático: el espionaje informático. Así por ejemplo en Alemania, donde siendo reconocida como objeto de amparo legal la esfera formal de secreto en el área de Protección de Datos, la acción de «acceso o adquisición no autorizada» de datos fue penalizada, incluso en el acceso a sistemas informáticos extranjeros, mediante la previsión normativa del párrafo 202a del Código Penal alemán relativa al espionaje de datos. Ahora bien, mientras que en algunos países, como Japón y Austria ¹⁹, se recoge de alguna forma una reacción legal penal contra el hacking, en otros países no existen disposiciones penales específicas contra el hacking.

Realmente, y a diferencia de lo sostenido por ciertos sectores doctrinales respecto a la no incriminación penal autónoma del hacking, considero que la misma es precisa tanto de conformidad con las vigentes recomendaciones internacionales ²⁰, como atendida la gravedad del

¹⁸ Cita recogida por dicho autor del diario «Der Spiegel» núm.. 34/1992, págs. 206 y ss.

¹⁹ En Austria, el hacking sólo está penado, en ciertas circunstancias, bajo los aspectos de la protección de datos (artículo 49 de la Ley de Protección de Datos austriaca) y alteración de datos (artículo 126a del Código Penal), y en Japón el hacking está sólo penado, también tras la reforma del Código Penal de 1987, en consideración a ciertas consecuencias de la acción ilícita, como en el caso de lograr una obstrucción de los negocios conforme al artículo 234.2 de su Código Penal.

²⁰ Ver sobre todo las Secciones V.2. y V.5. ut infra.

riesgo y peligro que supone tal conducta o acción no sólo para el ámbito patrimonial y de la intimidad de la víctima, sino también para el preciso grado de fiabilidad y confianza de la sociedad, de la colectividad social, en la seguridad, seriedad, y veracidad de los datos, la información y los medios y redes por donde se comunican, transfieren o captan, y que han venido corroborando los sucesos y casos más recientemente descubiertos y de los que se han hecho eco los medios de comunicación, y de cuyo alcance va tomando ya conciencia la sociedad en la actualidad.

Y esta modalidad delictiva, desde la perspectiva de su configuración como el delito base o básico de riesgo informático y de la información, realmente excede de lo que es el estricto ámbito económico, aunque por el momento lo ubiquemos en esta área a efectos estructurales, si lo conceptuamos adecuadamente como *«la acción de acceder, sin autorización y de forma subrepticia, a un sistema o red informática o telemática, así como la interferencia no autorizada de un proceso de transferencia o comunicación electrónica de datos»*.

Aquí podría consecuentemente subsumirse y encuadrarse, si hubiera una figura delictiva en tales términos, la primera parte de la actividad o conducta propia de los «phreakers» objeto de seguimiento, investigación y descubrimiento de la «Operación Milenium» de la Guardia Civil ya referida con anterioridad²¹, en cuanto a las acciones de ejecución de un programa «wardialer» para localizar números de teléfono conectados mediante modem a una terminal, red o sistema informático o telemático, y al pedir éste las claves de acceso o passwords, el activar un programa o guión de órdenes, «script», que facilita miles de combinaciones de nombres de usuarios y claves de acceso, hasta hallar una válida y violar el filtro de seguridad y conocer la forma de entrar en el ordenador de la empresa afectada con la identidad y clave de un usuario legítimo.

Ya de por sí tal conducta supone una evidente puesta en grave y serio peligro o riesgo de los nuevos bienes jurídicos propiamente informáticos y de la información, precisos de protección penal sin ne-

²¹ Ver Subsección III.4.8. ut supra.

cesidad ni de una utilización ilícita de los sistemas informáticos de las empresas víctimas, ni de una posterior producción de un efectivo resultado lesivo o perjudicial en el ámbito patrimonial, como sucedió por lo demás en este caso, lo cual daría lugar a la apreciación de un ilícito informático distinto preciso de una mayor gravedad sancionadora, pero que, volvemos a reiterar, tal resultado lesivo debería ser más propio de tratamiento en cuanto al ámbito de las responsabilidades civiles derivadas del ilícito penal.

Y en tales términos, en España no ha habido una reacción normativa penal específica contra el hacking, a pesar de que algunos autores, como GUTIÉRREZ FRANCÉS²² o MORÓN LERMA²³ pretendan encajar esta modalidad delictiva, aunque reconozcan que de forma problemática y forzada, en la figura delictiva del art. 256 del Código Penal de 1995. Pero es que tales autoras contemplan el denominado intrusismo informático no sólo como el «conjunto de comportamientos de acceso o interferencia no autorizados, de forma subrepticia, a un sistema informático o red de comunicación electrónica de datos», sino también «*la utilización de los mismos sin autorización o más allá de lo autorizado*»²⁴, y por tanto ampliando el concepto de hacking a otros supuestos como el de hurto de tiempo compartido, el de servicios o el de uso no autorizado de ordenador, casos que son más propios de ubicar en la modalidad de hurto de tiempo informático que veremos a continuación, y frente al cual sí puede estimarse como aplicable la figura delictiva defraudatoria del art. 256 citado.

Pero es que curiosamente conforme al artículo 270, párrafo tercero, pueden sancionarse como delito, determinados actos preparatorios de lo que pudieran ser algunas modalidades de hacking, como en similares términos se sanciona la tenencia de útiles para falsificar, al construirse como conducta delictiva **«la fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio específicamente destinada a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técni-**

²² GUTIÉRREZ FRANCÉS: «Delincuencia económica e informática...», cit., págs. 299 y 300.

²³ MORÓN LERMA: «Internet y Derecho Penal...», cit., pág. 45.

²⁴ MORÓN LERMA: «Internet y Derecho Penal...», cit., pág. 42.

co que se haya utilizado para proteger programas de ordenador». Y ello es así por cuanto si bien, como recoge QUINTERO OLIVARES²⁵, la inclusión de esta figura en el Código Penal es consecuencia de la Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo (DOL núm. 122, de 17 de mayo de 1991 [LCEur 1991, 475]), del Consejo de las Comunidades Europeas, sobre protección de programas de ordenador desarrollada en los arts. 95 a 104 de la Ley de Propiedad Intelectual, al no exigirse ningún elemento subjetivo específico del injusto, concretamente la finalidad de atentar contra la propiedad intelectual, que indebidamente se presume por algún autor dada la ubicación sistemática del precepto, considero que no existe óbice alguno a tenor de su redacción para ser aplicado a aquellos supuestos en los que el medio o instrumento, que puede ser incluso un programa informático en sí mismo, está destinado a anular, suprimir o quebrantar los dispositivos de software informático de seguridad instalados en sistemas o redes informáticas o la interceptación de procesos de transferencia electrónica de datos, y lograr el acceso a los mismos.

Es de significar un caso reciente para considerarlo como subsumible, si se hubiera producido en nuestro país, en la conducta tipificada en este art. 270, párrafo tercero. Me refiero al caso²⁶ que ha dado lugar a la detención por la policía noruega a finales del mes de enero del 2000 de un joven noruego de 16 años (J.L.J.) que, a través de la página web de Internet www.mmadb.no, dominio del que es titular su padre, también acusado por las autoridades, ofrecía gratuitamente un programa (DeCSS, descriptador para Linux) que permitía descifrar la información contenida en un D.V.D. (Disco Versátil Digital) pudiendo consecuentemente ver en el ordenador las películas contenidas en un D.V.D. sin necesidad de comprar un lector. Si bien la tecnología del D.V.D. ya apareció para el público en general en 1995, y en 1997 ya aparecieron los primeros casos de copias de películas contenidas en tales soportes, hasta septiembre de 1999 no se había logrado acceder a la información

²⁵ QUINTERO OLIVARES, G. y otros: «Comentarios al nuevo Código Penal», Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 1225.

²⁶ Publicado entre otros en «El País», jueves 03.02.00, ciberp@aís, pág. 12.

en sí misma, encriptada con el algoritmo CSS. En tales fechas al menos dos grupos europeos de piratas informáticos (Masters of Reverse Engineering, «MoRE», y Drink or Die, «DoD») lograron quebrar la protección de la información, el sistema de encriptación, precediéndose a su ofrecimiento gratuito a través de Internet. Dado que el citado programa DeCSS al publicar el código tiene también como otras características el permitir fabricar reproductores y nuevos programas para D.V.D. sin pagar licencias o el que D.V.D. para el mercado americano puedan verse en Europa, al poderse cambiar el número de zona y saltarse así las restricciones de las casas productoras, la reacción de la industria no se hizo esperar y en diciembre del mismo año se interpusieron²⁷ tres pleitos ante los Tribunales norteamericanos contra docenas de personas que ofrecían el reiterado programa o enlaces en Internet. La Justicia norteamericana dio la razón en Enero del 2000 a dichas corporaciones al considerar que el sistema D.V.D.-C.S.S. tenía la calificación jurídica de secreto industrial. Pues bien, la mera acción de tenencia de tal programa, no siendo el autor quien hubiera vulnerado el sistema de protección encriptada del sistema D.V.D., pudiera encuadrarse en el reiterado párrafo tercero del art. 270, aunque fuera para la visión de una película en D.V.D. que se hubiera adquirido legalmente. ¿Pero y su uso? ¿No podemos considerar una incongruencia normativa y un quebranto del principio de mínima intervención penal la tipificación de esta conducta pero la impunidad del uso de tales medios al no estar sancionada la conducta del intrusismo informático?

Es por tanto como mínimo ilógico desde el punto de vista sistemático que se castigue esta conducta y no así expresamente la fase siguiente, ya ejecutiva de hacking, de uso o utilización de dichos medios para

²⁷ Por parte de la DVD Copy Control Association (DVD-CCA), asociación encargada de vender las licencias para fabricar programas o aparatos para operar con el sistema de encriptado de D.V.D., y que agrupa tanto a las dos mayores organizaciones de software comercial (la Software Alliance y la Electronic Industries Alliance) a las corporaciones más importantes de entretenimiento, como Disney, Sony, Metro-Goldwyn-Mayer, Paramount, Fox, Universal Studios o Warner, unidas en la Asociación MPAA (Motion Picture Association of América).

acceder a un equipo, sistema o red informática o de telecomunicación, cuando no van dirigidos específicamente a atentar contra la propiedad intelectual, y se prevean como figuras delictuales fases posteriores o postejecutivas del propio acceso ilegal, cuando se efectúan manipulaciones, alteraciones, copia o sustracciones de la información o de los datos a los que se tuvo acceso de forma ilícita.

Como resumen, podemos afirmar que las meras conductas de intrusismo informático no están expresamente previstas por nuestra legislación penal, y, en contra de lo sostenido por parte de la doctrina, ni tan siquiera pueden obtener encaje, aunque se pretenda problemático y forzado, en la figura prevista en el art. 256 del C.P.; y, por todo lo expuesto en torno al posicionamiento doctrinal sobre una impunidad en evitación de una sobrecriminalización o huída hacia el Derecho Penal si se tipifica tal comportamiento, es preciso reconocer y superar la ausencia de una respuesta eficaz a través de otros cauces, como la autoprotección, seguridad y medidas legales civiles o administrativas, constatada por lo demás a tenor de la experiencia criminológica expuesta, y el que pretendamos por vía interpretativa pretender sancionar tales acciones en las figuras delictuales creadas ex novo por la posibilidad de subsumir en la acción típica prevista bien un acto preparatorio del hacking, bien el inicio de la fase ejecutiva delictual, es decir como tentativa, de un ilícito más grave (espionaje, sabotaje o defraudación informática) cuando pudiera constatarse la existencia del elemento específico del injusto concreto requerido en cada caso. Por lo que hay que evitar los dos extremos: intervención mínima, sí, pero suficiente. Y ello sucede en este tipo de acciones, por lo que considero precisa una modificación legislativa en el aspecto de introducir la figura específica del intrusismo informático, acceso ilegal o hacking, de carácter general y global, y no referida única y exclusivamente al ámbito económico, precisamente en una configuración como tipo básico de los que he caracterizado como delitos del riesgo informático y de la información, y en base a la conceptualización inicial que he efectuado con anterioridad. Y ello no supone realmente ni una sobrecriminalización, ni una «huída hacia el derecho penal», sino la respuesta adecuada para hacer frente a los graves riesgos y peligros que tales acciones suponen para bienes individuales y colectivos, sin necesidad de una posterior vulneración de la propiedad intelectual, industrial, o la existencia de un perjuicio eco-

nómico o patrimonial efectivo, o un ánimo específico de atentar contra tales bienes jurídicos tradicionales.

En consecuencia, de todo lo expuesto, y sin perjuicio de otras concretas propuestas de lege ferenda y lege lata que más adelante expondré en relación a los fraudes informáticos de tipo económico patrimonial, considero que un planteamiento doctrinal de futuro en torno a la tipificación del intrusismo informático, debe venir orientado hacia la creación en el Código Penal de lo que podríamos denominar «delitos contra la seguridad informática» o «delitos contra la seguridad del tráfico informático», con un tratamiento normativo jurídico penal autónomo desde el punto de vista sistemático, sobre todo respecto de otros ilícitos penales protectores de bienes jurídicos individuales y en el que esta figura delictiva constituiría, sino el delito, sí el tipo básico sobre el que configurar otras diversas modalidades delictuales, y caracterizado por ser un delito de lesión de un interés social, la inseguridad informática, que aparece como un bien jurídico protegible, de carácter colectivo, y que cumpliría no sólo una función negativa de barrera anticipada de posibles quebrantos efectivos de bienes jurídicos individuales ya protegidos por el Derecho penal, sino también una función positiva, que es lo que dotaría a tal ilícito de su propia autonomía e independencia sistemática, en cuanto a posibilitar a todo ciudadano el uso de sus derechos y libertades en el ámbito informático y cuya fundamentación se encuentra claramente en el artículo 9.2 de la Constitución Española.

Claro está que sobre tal planteamiento doctrinal de creación del intrusismo informático como un delito de riesgo abstracto, autónomo e independiente, la progresión delictiva hacia la lesión efectiva de un bien jurídico individual en caso de no optar por tal postura que propongo de creación de tipos agravados o submodalidades específicas de resultado sobre tal tipo base, debiera solucionarse bien por el principio de consumción y sancionarse la conducta por este último ilícito de resultado, postura sostenida por ROMEO CASABONA, bien por las reglas del concurso ideal de delitos, que es la postura mantenida por GRACIA MARTÍN.

Hay que reconocer, no obstante, las dificultades reales y procesales de acreditación de la conexidad entre la acción de acceso y el resultado lesivo de un bien jurídico individual.

IV.1.2. EL HURTO DE TIEMPO INFORMÁTICO

El «Hurto de tiempo informático» en sentido estricto consiste, siguiendo la conceptualización clásica de HILGENDORF²⁸, en la utilización no autorizada del tiempo de procesamiento de un ordenador.

Teniendo presente la evolución doctrinal respecto de esta figura, DAVARA RODRÍGUEZ²⁹ la recoge como integrada en el grupo del ilícito informático de «utilización de ordenador o programas ajenos sin autorización», pero le añade adecuadamente dos requisitos o elementos: el de «con el fin de obtener beneficios propios», y el de realizar la acción «en perjuicio de otro».

Desde mi punto de vista, podemos conceptualizar el hurto de tiempo informático como toda *acción de utilización o uso subrepticio de un equipo, sistema o red informática o telemática ajena, con ánimo de lucro y en perjuicio de su titular*. Y en tal conceptualización podemos incluir diversas modalidades, como:

a.- el hurto de tiempo compartido (timesharing) que permite aprovecharse del tiempo asignado a otro usuario en el procesamiento o transferencia de información o datos de un ordenador o equipo informático para utilizarlo conjuntamente en el procesamiento o transferencia de información propia.

b.- el hurto de servicios informáticos, cual es el caso expuesto por DAVARA RODRÍGUEZ³⁰ de «empleados de instalaciones informáticas que utilizan los programas y el ordenador de su empresa para realizar trabajos de servicios a terceros con evidente lucro para ambos y en perjuicio de la empresa titular de los ordenadores y de los programas».

c.- el hurto de tiempo informático estrictu sensu, mediante el uso no autorizado de un ordenador o equipo informático o telemático para, aprovechándose del conjunto informático existente (hardware y software), utilizar en beneficio propio el tiempo de procesamiento y transmisión de información que permite tal equipo, con perjuicio del titular del mismo.

²⁸ HILGENDORF: «Grundfälle zum...», cit., pág. 510.

²⁹ DAVARA RODRÍGUEZ: «Manual de Derecho...», cit., pág. 292.

³⁰ DAVARA RODRÍGUEZ: «Manual de Derecho...», cit., pág. 295.

Ahora bien, para la configuración del conjunto de actos que englobamos en el denominado hurto de tiempo informático como un delito de Riesgo Informático y de la Información la acción, que debe requerir un ánimo de lucro, no debe configurarse como un mero «hurto de uso», como ha venido tratándolo la mayoría de la doctrina española, sino constituirse además en gravemente peligrosa para el funcionamiento o seguridad del sistema, y con riesgo de creación de perjuicios patrimoniales, los cuales, no obstante, en caso de ocasionarse efectivamente, debieran servir única y exclusivamente para la determinación de la cuantía de las responsabilidades civiles derivadas del delito.

En nuestro Código Penal de 1995, como anteriormente hemos expuesto, el legislador patrio dejó curiosamente de sancionar el hacking informático, de mayor trascendencia, importancia y gravedad por el peligro que supone para los nuevos bienes jurídicos protegidos vinculados a las nuevas tecnologías, indirectamente se hizo eco de las antiguas posturas doctrinales de clasificación de los ilícitos informáticos, e incluso de las primeras recomendaciones de organismos internacionales en torno a la posibilidad de sancionar penalmente esta conducta³¹, pero obviando unos requisitos respecto a la creación con tal acto de un grave riesgo de perjuicio al sistema, equipo, o aparato, de intención de causar un grave perjuicio al titular del mismo o a su funcionamiento, y atendiendo únicamente a la existencia de un efectivo perjuicio patrimonial individualizado para el titular del mismo, que no de propia causación de daños al equipo lo cual no supone ningún óbice para aplicar los preceptos penales genéricos referentes al delito de daños. Incluso hay que señalar que el Proyecto de Código Penal de 1994 exigía una utilización «subrepticia», elemento típico que finalmente fue suprimido en el trámite parlamentario de ponencia.

Y así se prevé entre los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, dentro del Capítulo VI relativo a las defraudaciones,

³¹ Ver así la Recomendación R(89) 9 del Consejo de Europa, en Apartado V.1.2.2. ut infra, en donde recoge dentro de la denominada «lista optativa» de actos o conductas intencionadas susceptibles de previsión penal por los Estados, en su letra c) «la utilización no autorizada de un ordenador».

Sección 3.^a «de las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas», en el artículo 256 la punición de quien «*hiciera uso de cualquier equipo terminal de telecomunicación, sin consentimiento de su titular, ocasionando a éste un perjuicio patrimonial superior a cincuenta mil pesetas*».

Como sostiene VALLE MUÑIZ³², el tipo penal castiga al que hiciera uso de cualquier equipo terminal de telecomunicación sin consentimiento de su titular, y presentará signos de tipicidad tanto el uso no autorizado, como el uso excesivo por encima del límite autorizado.

Dicho precepto contempla una figura muy genérica y amplia, que excede del ámbito meramente informático o telemático, y que tangencialmente puede subsumir en su tipo delictivo determinados supuestos de «hurto de tiempo informático», pues al utilizar para referenciar como objeto sobre el que recae la acción por parte del sujeto activo, los términos «equipo terminal de telecomunicación», es decir, según el concepto dado en el anexo de la Ley General de Telecomunicaciones de 1998 que entiende por «Equipo Terminal» el «equipo destinado a ser conectado a una red pública de telecomunicaciones, esto es, a estar conectado directamente a los puntos de terminación de aquélla o interfuncionar, a su través, con objeto de enviar, procesar o recibir información», y eliminando en la presente configuración penal el requisito de que la red sea pública, tales términos pueden perfectamente ser aplicados a los equipos o terminales informáticas conectadas, con carácter permanente o esporádico, a una red de telecomunicación.

En estas referencias limitativas al ámbito informático y telemático, este precepto tal y como viene estructurado, no puede ser calificado como un delito informático en sentido propio, constituyéndose de facto en un atentatorio única y exclusivamente del bien jurídico tradicional del patrimonio personal o individual, con una configuración como delito de resultado, y en una categoría próxima, en su primer aspecto, a un supuesto de «hurto de uso», pero en el que, además se establece la exigencia de la causación de un perjuicio económico o patrimonial, y cuya determinación, cuantificación y origen es lo que va a constituir el

³² VALLE MUÑIZ en QUINTERO OLIVARES y otros: «Comentarios al nuevo Código Penal, cit., pág. 1174.

mayor inconveniente del tipo; pues si el perjuicio se va a determinar y cuantificar en torno al gasto de energía eléctrica, de comunicación telefónica, o de pago de cualquier otra energía, o incluso por el coste de utilización de la red o sistema de transmisión de la información o los datos, como el pago por conexión a Internet, lo cierto es que en tales extremos esta figura es totalmente innecesaria pues normalmente estas acciones o conductas tienen su adecuada sanción en el ilícito penal recogido en el precedente artículo 255, de defraudaciones de energía eléctrica y otras, pues este supuesto, aunque su causación fuera de manera indirecta, se produce en los presentes casos. Y si el perjuicio patrimonial viene referido al importe de desgaste del equipo terminal o de los programas en sí mismos, o el valor intrínseco del propio tiempo de utilización, no sólo cabe decir que es innecesario, sino que es inaplicable en la cuasi totalidad de los supuestos que pudieran darse por imposibilidad material de cuantificación del mismo. Lo que de por sí ya supondrá, además, una indeterminación del límite necesario para distinguir entre delito y falta, cuantificado en el precepto en 50.000 ptas. el perjuicio ocasionado.

A pesar de ello, aún admitiendo se pudiera efectuar esta cuantificación del perjuicio patrimonial que supone una utilización abusiva, por uso no autorizado o excesivo al autorizado, de un ordenador o equipo informático o telemático, en cuanto terminal de telecomunicación, ciertamente ante esta figura, tal y como está configurada, caben sostener las críticas de VALLE MUÑIZ³³ o SERRANO GÓMEZ³⁴ en el sentido que el legislador se ha extralimitado, no respetando el principio de intervención mínima que preside el Derecho penal, y criminalizando un supuesto cuya solución conflictual y adecuada tutela de los derechos del titular del equipo no debe trascender la vía civil, por vía de la reparación, en el caso de particulares, o la vía administrativo-sancionadora, en el caso de equipos pertenecientes a las Administraciones Públicas y tratarse de funcionarios públicos que abusaren de los mismos.

³³ VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES y otros: «Comentarios al nuevo Código Penal, cit., pág. 1174.

³⁴ SERRANO GÓMEZ: «Derecho Penal...», cit., pág. 405.

Tal es el caso de las normativas del Ministerio de Defensa sobre instalación y utilización de programas no autorizados en sistemas y equipos informáticos suministrados por el Ministerio a sus Organismos y Unidades, que viene a sancionarse por vía disciplinaria. Y asimismo el uso abusivo de los citados equipos o aparatos, cuya utilización para fines particulares³⁵ es sancionable disciplinariamente como falta grave, «cuando el hecho revista escasa entidad», conforme al artículo 8.15.º del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas y el art. 8.24.º del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. Únicamente cabe apreciar un delito castrense «contra la hacienda en el ámbito militar» conforme al art. 190 del Código Penal Militar de 1985, en cuanto no concorra esa «escasa entidad», concepto jurídico indeterminado favorecedor de una auténtica inseguridad jurídica y sin que hasta la fecha haya sido claramente configurado en sus límites por la jurisprudencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo³⁶, aunque no requiere la producción de un daño o perjuicio concreto alguno. Pero las consideraciones que la doctrina penal militar efectúa en torno a esta figura penal castrense, no pueden en modo alguno aplicarse al ilícito previsto en el artículo 256 del Código Penal.

Ahora bien, es precisamente bajo esta figura delictiva del artículo 256, en la que inicialmente, como presunto delito cometido, se pudieran subsumir en el procedimiento penal abierto al efecto parte de las conductas imputadas a los detenidos en la «Operación Milenium» llevada a cabo por el Grupo de Delitos de Alta tecnología de la Guardia Civil, y a la que con anterioridad me he referido³⁷, en cuanto a las ac-

³⁵ Y podemos incluir tanto de los programas de utilidades, ordenadores, equipos y redes informáticas, o el uso abusivo con tales fines mediante la instalación y uso de conexiones Internet no autorizadas al referirse los preceptos que señalaremos a «elementos asignados al servicio».

³⁶ Así la Sentencia núm. 85 de 12.07.95, Ponente D. José E. de Querol Lombardero, reconoce que «la diferencia entre delito o falta (grave disciplinaria) depende de un factor señalado en la Ley de forma ciertamente inconcreta, que obliga en cada caso particular al Tribunal a valorar la intensidad que revistiera la infracción, sin fijar baremo alguno, aunque el baremo debe darlo el análisis de las circunstancias y consecuencias derivadas del actuar ilícito del hecho enjuiciado».

³⁷ Ver Subsecciones III.4.8. y IV.1.1. *ut supra*.

ciones de utilización del sistema informático y de telecomunicaciones de la empresa objeto de infiltración para efectuar a su cargo los gastos de conexión con Internet.

IV.1.3. EL ESPIONAJE INFORMÁTICO

Bajo el término genérico de espionaje informático en el ámbito económico, y dejando consecuentemente al margen las acciones atentatorias a la intimidad y privacidad, cuya respuesta penal en nuestro ordenamiento jurídico tiene su reflejo en el art. 197.2 del Código Penal, analizado de forma somera con anterioridad³⁸, agrupo *el conjunto de actividades de obtención no autorizada de datos o información de carácter sensible, esto es confidenciales o secretos, de contenido y valor económico patrimonial, y/o divulgación no autorizada de los obtenidos legítimamente, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero*. Como sostiene GÓMEZ PERALS³⁹, su motivación suele ser fundamentalmente comercial, industrial, o incluso militar.

El espionaje informático en el ámbito económico, que sólo raramente aparece en las estadísticas oficiales⁴⁰, constituye un peligro especial con respecto al espionaje económico tradicional, porque en los sistemas informáticos se almacenan enormes cantidades de datos en un espacio extremadamente pequeño, y los datos pueden ser copiados rápida y fácilmente con la ayuda de la moderna tecnología, así como también por vía de telecomunicación de datos.

³⁸ Ver Apartado III.5.4.2. ut supra. La protección jurídico penal contra el espionaje de datos en general tiene su base internacional en las directrices previstas en la Directiva de 26 de marzo de 1996, sobre protección jurídica de las bases de datos (DOCE 1996, núm. L.1177, págs. 20 y ss.).

³⁹ GÓMEZ PERALS: «Los Delitos Informáticos...», cit., pág. 490.

⁴⁰ Según las estadísticas policiales de Alemania de 1996 menos del 3% de los delitos informáticos pueden ser asignados al espionaje informático (SIEBER: «Legal Aspects...», cit., pág. 43, nota 49), y en España a tenor de la estadística interna referente a 1998 de la entonces Unidad de Delitos Informáticos de la Guardia Civil, los casos investigados calificados como relativos a la «revelación de secretos» fue de un 41,9%, pero en este grupo se integraba tanto los meros accesos ilegales, como supuestos de atentados contra la intimidad y privacidad y no exclusivamente supuestos de espionaje informático en el ámbito económico, los cuales podían quedar reducidos a menos de un 10%.

Los objetos sobre los que recae la acción son fundamentalmente los programas informáticos, datos de investigación, de defensa, de contabilidad empresarial, y direcciones de clientes, sin que resulte alterado físicamente ninguno de los elementos del Hardware, o por lo menos sin que sea necesaria dicha alteración física, aunque pueda concurrir.

Como *modus operandi*, es predominante la simple copia de tales datos, el hurto de transportadores de datos, la evaluación de «datos restantes» o la absorción de emisiones electromagnéticas. En este ámbito es donde en los últimos años con mayor profusión han aparecido vinculados, además de jóvenes hackers que van más allá de su mero interés de superación, y de empresas de negocios competidoras, los servicios secretos.

Tradicional es el caso acaecido en 1988, y recogido por YAMAGUCHI⁴¹, en el que se utilizaron virus informáticos para una acción de espionaje informático: el virus informático penetró en una red de ordenadores personales, coleccionó números secretos de otros usuarios de la red y entonces copió por escrito esos números en una red interna tipo «pizarra», y de forma codificada, al objeto de poder ser usada sólo por los autores del hecho.

Con la convergencia del procesamiento de datos y la telecomunicación, con la digitalización de ésta, y con la creciente extensión de las redes telemáticas e Internet, la frontera entre el tradicional espionaje informático y el telefónico, de fax y de correo electrónico se viene mostrando cada vez más borrosa. En el caso de líneas telefónicas, los delin-
trando cada vez más borrosa. En el caso de líneas telefónicas, los delin-
cuentes hoy en día penetran en los cambios telefónicos de las compa-
ñías telefónicas especialmente a través de líneas normales de datos. Te-
léfonos móviles, de coches, estaciones direccionales de radio y conexio-
nes vía satélite son particularmente fáciles de atacar en caso de comu-
nicaciones no codificadas.

Un ejemplo más reciente del potencial impacto de estas acciones es el caso, recogido por SIEBER⁴² de «fuentes fiables» en Alemania, re-

⁴¹ En SIEBER: «Information Technology...», cit., pág. 307.

⁴² SIEBER: «Legal Aspects...», cit., pág. 44.

ferente a la competencia entre la compañía alemana Siemens y otra competidora francesa respecto a un importante contrato para optar a la realización del futuro sistema de tren de alta velocidad en Corea del Sur, y que perdió la primera en favor de la mejor oferta de la segunda, que fue efectuada con posterioridad, y en el que agentes franceses pudieron haber interceptado la transmisión de un fax vía satélite de la oferta de la compañía alemana, la cual no había sido codificada, y entonces así la compañía francesa pudo haber efectuado la oferta más barata que la alemana.

Desde el punto de vista subjetivo, las acciones de espionaje Informático en el ámbito económico patrimonial vienen determinadas por la concurrencia de dos elementos específicos del injusto, cuales son el ánimo de lucro, y el ánimo de descubrir, y en su caso revelar a terceros no autorizados la información o datos reservados o secretos de contenido económico patrimonial. En cuanto al primer elemento indicado, el lucro pretendido estará constituido normalmente por la obtención de una ventaja de tipo estrictamente económico, aunque no es indispensable bastando un lucro jurídico. Es precisamente el segundo requisito, el ánimo específico de descubrimiento, y en su caso revelación a terceros, de la información objeto de protección el que nos va a delimitar este ilícito de la figura del mero intrusismo informático.

Pero lo cierto es que, por otro lado, la gran parte de la doctrina y de la legislación promulgada al efecto ha venido tradicionalmente refiriéndose al espionaje informático económico limitándolo al ámbito estrictamente empresarial, comercial o industrial, al venir refiriéndolo o identificándolo con el descubrimiento y revelación de secretos de este tipo, y delimitándolo respecto del descubrimiento y/o revelación de cualquier otro tipo de información o de datos, que pretende integrar entre los ilícitos contra la intimidad y la privacidad, incluyendo aquellos que afectan al ámbito patrimonial o económico del sujeto pasivo en cuanto no fueran de carácter empresarial, comercial o industrial. Y así se ha venido por la doctrina refiriéndose, como bien jurídicamente protegido, a «la información empresarial de carácter sensible», por contraposición a «la información o datos relativos a la intimidad y privacidad», obviando consecuentemente con esta delimitación cerrada y absoluta, supuestos en los que los datos o la información, siendo de tipo económico y patrimonial, no es de carácter estrictamente empresarial, y su

protección ni es subsumible en los ilícitos de descubrimiento y revelación de secretos empresariales, ni en las equivalentes figuras protectoras del derecho a la intimidad y privacidad sin desvirtuar la propia esencia de estas figuras delictivas y forzando a una interpretación como mínimo extensiva si no analógica y consecuentemente proscrita en el derecho penal, dejando consecuentemente impunes determinadas conductas de espionaje informático cuando vinieran referidas a datos o a información de mercado carácter económico patrimonial, pero ni de tipo empresarial (en sentido amplio incluyendo el financiero, comercial e industrial), ni estrictamente personal o relativo a la intimidad y personalidad de una persona individual.

Y tal postura es la seguida por nuestro legislador en el Código Penal de 1995 en la regulación de la figura del descubrimiento de secretos empresariales previsto en el art. 278.1, dentro de la Sección tercera («De los delitos relativos al mercado y a los consumidores») del capítulo XI («De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores»), y conforme al cual se castiga al que *«para descubrir un secreto de empresa se apoderare por cualquier medio de datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos que se refieran al mismo, o empleare alguno de los medios o instrumentos señalados en el apartado 1 del artículo 197»*. Es en este apartado en donde podremos ubicar la figura del espionaje informático económico, en su conceptualización restrictiva de tipo empresarial, y su simetría en cuanto a técnica legislativa utilizada con los delitos relativos a la intimidad es, como afirma MORÓN LERMA⁴³ obvia.

Se configura este ilícito penal como un delito de peligro, pues como afirma SERRANO GÓMEZ⁴⁴ no se exige la producción de un daño o perjuicio posterior al apoderamiento, si bien también como mero delito uniofensivo, contemplando la libre competencia como único bien jurídico protegido.

En cuanto al ámbito informático, en sentido estricto, podemos apreciar unas peculiaridades en la articulación de la acción típica de forma alternativa:

⁴³ MORÓN LERMA: «Internet y Derecho penal...», cit., pág. 58.

⁴⁴ SERRANO GÓMEZ: «Derecho Penal...», cit., pág. 459.

a) Por un lado junto al denominado apoderamiento material o físico (de documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos), se recoge expresamente la acción de apoderamiento inmaterial al utilizar la expresión «*se apoderare por cualquier medio de datos*». Tales términos suponen una hipótesis problemática, pues si bien la idea clásica de apoderamiento se basa en el concepto de cosa corporal mueble como todo objeto aprehensible, susceptible de fundamentar un derecho real de propiedad y valuable en dinero, y no existe problema alguno cuando se trata de los supuestos de apoderamiento material del soporte físico que contiene los datos o el fichero, esta interrelación no parece coherente con el «apoderamiento» de datos o de información, incluso de programas o software, es decir elementos lógicos, por vía informática o telemática directa (por ejemplo accediendo al sistema y copiando los datos en un soporte propio, o a través de Internet), salvo que el tipo, como sostuvo en su día GÓMEZ PERALS se configure como desplazamiento patrimonial y no material, pues los datos, la información y el software, en sí mismos, están caracterizados por su inmaterialidad ⁴⁵.

b) Por otro lado el apoderamiento por interceptación: «*empleare alguno de los medios o instrumentos señalados en el apartado 1 del artículo 197*» ⁴⁶. De hecho es plenamente reproducible aquí el análisis que habíamos efectuado respecto a los secretos personales, pero refiriéndolo a los secretos empresariales ⁴⁷.

⁴⁵ GÓMEZ PERALS: «Los Delitos Informáticos...», cit., pág. 485, quien sostenía en torno al software que «es en realidad una especie de flujo electro-magnético, por lo que su protección penal podrá asimilarse a la del flujo de energía-eléctrica en los arts 536 y ss. del Código Penal. Sin embargo, esta tesis de las defraudaciones es criticable puesto que en los programas informáticos la relevancia corresponde al contenido de instrucciones y datos y no al consumo ilícito de flujo de energía, que actúa sólo como vehículo de aquel contenido».

⁴⁶ Que recordemos sancionaba «o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación».

⁴⁷ No obstante hay que recordar que allí cabía el perdón del ofendido, a tenor de lo dispuesto en el art. 201.3, mientras que aquí no.

Son de significar dos cuestiones más. En primer lugar que la revelación, difusión o cesión a terceros de los secretos así descubiertos supone una modalidad agravada conforme al apartado 2 del mismo precepto; y, en segundo lugar que en materia de concurso el apartado 3 sostiene la sanción de la conducta prevista en los apartados anteriores «sin perjuicio de la pena por el apoderamiento o destrucción de los soportes informáticos». Respecto de esta cláusula debemos compartir las críticas sostenidas por SERRANO GÓMEZ⁴⁸ o GONZÁLEZ RUS⁴⁹ como de injustificable «pues incluso de no existir se resolverían mejor los supuestos concursales» teniendo en cuenta que limita su aplicación al «apoderamiento o destrucción de los soportes informáticos».

Por último hay que incidir en que en el espionaje informático económico la actividad se limita a la copia o «apoderamiento» sin destrucción del original, pero en ningún momento abarca acciones de alteración, manipulación o modificación de los datos o la información⁵⁰, que supondrá la comisión bien de un ilícito de fraude informático, si la finalidad perseguida es precisamente defraudatoria, o, incluso con el borrado o supresión de los mismos, subsumible entonces en la figura del sabotaje informático.

IV.1.4. LA PIRATERÍA INFORMÁTICA

La piratería informática tradicionalmente ha venido siendo asimilada a la copia y/o uso no autorizados de programas informáticos, a menudo también llamado por la doctrina tradicional, principalmente la germánica, «hurto o robo de software» o «piratería de software», y que en muchos casos suponía, en concordancia con el desarrollo histórico de la tecnología informática, la copia de programas en los que se había plasmado frecuentemente una importante experiencia interna

⁴⁸ SERRANO GÓMEZ: «Derecho Penal...», cit., pág. 459.

⁴⁹ GONZÁLEZ RUS, J.J. en CARMONA SALGADO, GONZÁLEZ RUS y otros: «Curso de Derecho penal español, Parte especial», Vol. I, Madrid, 1996, pág. 799.

⁵⁰ Como asimismo no aparecen tipificados en el art. 278 citado, a diferencia de lo que sucede en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos particulares personales o familiares conforme al contenido del art. 197.2.

empresarial del creador o autor del programa. Por ello en muchos casos la piratería informática ha venido coincidiendo con el espionaje informático.

En Alemania fue precisamente un caso de copia, y posterior venta a bajo precio, de un programa relativo al control de deudas y morosos contenido en el ordenador central de una empresa dedicada al informe empresarial sobre morosos, y que supuso el que dicha empresa viera amenazada su existencia empresarial, el que condujo a la primera decisión del Bundesgerichtshof relativa a la posibilidad de protección de la propiedad intelectual⁵¹.

Hoy en día los programas o software tipo estándar se están vendiendo a gran escala, y ello supone también un gran incremento en el número de delitos, siendo claramente predominante la copia ilegal de dichos programas para su uso en ordenadores personales. Precisamente la amplia extensión de este fenómeno está siendo mostrada por las estadísticas. Así, a principios de los años noventa mientras se recogía que en Europa, como promedio, únicamente el 0.5% de los programas informáticos se vendía para el uso en ordenadores personales⁵², ya se estimaba, en 1991, que el mercado de copias ilegales alcanzaba un 40% en los EEUU, un 76% en Alemania, un 81% en Japón, y un 98% en Tailandia⁵³. Lo cual supone unos perjuicios económicos muy elevados. Un caso alemán de 1994⁵⁴ muestra el elevado resultado perjudicial y también ilustra la forma, como mínimo calificable como de descuidada, en la adopción de medidas de seguridad por los distribuido-

⁵¹ Cit. por SIEBER, U.: «Bilanz eines «Musterverfahrens» - Zum rechtskräftigen Abschluß des Verfahrens BGHZ 94 276 (Inkassoprogramm)», *Computer und Recht*, 1986, págs. 699 y ss.

⁵² Cit. por Schick/Schmölzer, en SIEBER: «Information Technology Crime...», cit., pág. 30.

⁵³ Según la organización empresarial «Business Software Alliance», cit. en la Revista «Newsweek», de 29 de Junio de 1992, págs. 44 y ss.

⁵⁴ Caso referenciado por SIEBER: «Computer Crime...», cit. pág. 6, en cita a Von Gravenreuth: «Neue Formen der Softwarepiraterie», *Computer und Recht*, 1995, págs. 309 y ss.

res de programas y la profusión de nuevas formas de métodos para causar perjuicio. Durante la celebración de la feria informática más importante en Alemania, un distribuidor de software alemán había distribuido cerca de 200,000 copias gratuitas de un CD ROM, que contenía programas por valor superior a los 100,000 marcos alemanes. Cada programa estaba codificado, lo cual solamente permitía acceder al programa a aquel cliente usuario del CD que firmó un contrato con el distribuidor. Sin embargo, jóvenes hackers lograron «romper» el código y la protección del programa del CD ROM y distribuyeron el código entre los visitantes que acudían a la misma feria.

En España, según las estadísticas internas de la entonces Unidad de Delitos Informáticos de la Guardia Civil, actualmente Grupo de Delitos de Alta Tecnología, en 1998 el 12% de los casos investigados correspondió a la copia ilegal de programas⁵⁵, y en 1999 el 19,5% correspondieron a supuestos de ataques contra la propiedad intelectual⁵⁶. Los primeros casos ya se detectaron en 1996 con un supuesto de interceptación de correo electrónico de una empresa en Las Islas Canarias, siendo detenida una persona en Tenerife. Y significativo es el caso, descubierto en 1999 con la detención de su autor en Madrid, en el que el delincuente informático había accedido desde España por vía Internet a los ordenadores de la Universidad de Utrech (Holanda) y logró copiar ilegalmente el proyecto «Champollion», de investigación de tesoros egipcios en Europa. Otro incidente investigado por dicho Grupo también en 1999, un sujeto de Murcia, que fue detenido, accedió por Internet a la red informática externa del Ministerio del Interior español, logrando copiar y apoderarse de dos ficheros policiales.

Vemos pues que la piratería informática no queda limitada al campo de los programas informáticos o software, sino también afecta a los propios datos, e incluso, dada su creciente difusión por vía telemática, principalmente Internet, a películas, canciones, obras literarias, etc.,

⁵⁵ El Mundo, jueves 13 de mayo de 1999, pág. 64, que recoge por lo demás el caso ya citado con anterioridad de la «Operación Toco».

⁵⁶ El País, domingo 20 de febrero del 2000, sección Sociedad, Informática, pág. 37.

de tradicional protección por la normativa referente a la propiedad intelectual ⁵⁷.

Hoy en día Internet juega el papel predominante no sólo para lograr la copia ilegal de programas y datos, sino también en la distribución ilegal de software y otros productos protegidos por las legislaciones de propiedad intelectual, pues los usuarios con acceso de escritura encriptada o incluso los propios servidores de la web, sea oficialmente o mediante hacking, crean directorios ocultos para guardar y almacenar enormes cantidades de copias ilegales de software comercial, usan todo tipo de facilidades de comunicación «online» con sus clientes, como el correo electrónico, para extender —usando códigos secretos de lenguaje— el mensaje para cargar opciones, y, además, el software ilegal está normalmente almacenado y es accesible por un período breve de tiempo (normalmente una hora), lo que hace casi imposible su persecución debido a falta de rastros.

El alto valor de los datos en la sociedad de la información lleva al hecho que además el uso ilegal de programas informáticos, también bases de datos y otras colecciones de datos cada vez más son usadas ilegalmente. Hoy la copia ilegal de datos (caracterizada como «descargar» o «download») afecta tanto a los anfitriones de bases de datos «online» como a los distribuidores de bases de datos «offline».

Con respecto a las tradicionales obras literarias o musicales, y como afirma SIEBER ⁵⁸ la convergencia del procesamiento de datos y la transferencia y comunicación de los mismos, así como la digitalización en la distribución de los productos, mediante la venta de Compact Disc (CD) o Discos Versátiles Digitales (DVD) con música y/o películas, muestra unas connotaciones y vínculos comunes entre el software, la música, el vídeo y la piratería multimedia en la sociedad «informatizada». Las conexiones entre piratería de software y piratería de otras formas de productos se hace evidente con los emergentes nuevos aparatos para jugar

⁵⁷ No incluyo dentro de la piratería informática la copia y difusión no autorizada de topografías de productos semiconductores (chips), que considero no constituyen, tales actos atentatorios contra los mismos, un delito informático propiamente dicho, tal y como lo hemos venido configurando.

⁵⁸ SIEBER: «Computer Crime...», cit., pág. 7.

y grabar CD O DVD, los cuales, en la era de «multimedia», contienen programas informáticos, bases de datos, libros, música y películas.

En cuanto a la amenaza de la tecnología informática y telemática a los medios de impresión tradicional fueron ilustrados cuando el libro «Le grand secret» del Dr. Claude Gubler, el médico del anterior Presidente del Estado Francés Mitterand, fue escaneado, traducido y publicado en Internet, aunque prohibido en Francia. En este libro el Sr. Gubler afirmaba que el Presidente del Estado Mitterand estaba sufriendo de cáncer desde el inicio de su período gobernante.

La concienciación por parte de las empresas frente a estos actos ilícitos ha sido muy importante en los últimos años, dando lugar en diferentes partes del mundo a la interposición de acciones legales contra la piratería informática en todas sus formas. Baste recordar el reciente caso noruego ya expuesto al tratar del hacking informático⁵⁹, y que precisamente ha sido catalogado por las autoridades judiciales norteamericanas como un ilícito de piratería informática, atentatorio contra la propiedad intelectual, o la reacción en marzo de 1997 de la Asociación Australiana de Derechos de Interpretación (APRA), sociedad que representa a la industria musical australiana, de presentar una acción judicial por infracción de los derechos de autor (copyright) ante el Tribunal Federal contra OzEmail, la compañía proveedora de Internet más grande de Australia, por transferir dicho servicio archivos de música a sus suscriptores vía Internet.

Pero incluso más recientemente el alto grado de peligrosidad por la facilidad de transferencia y copia ilícita por Internet de obras o piezas musicales está teniendo su máximo exponente con la utilización del formato MP3, de minituarización de canciones y sonidos, y codificación de datos que reduce a una décima parte la capacidad tanto de transmisión como de almacenaje en soporte informático de tales piezas u obras. El problema surge en casos como el del sitio MP3.com, que ha sufrido ya varias demandas judiciales por infracciones a la propiedad intelectual⁶⁰.

⁵⁹ Ver Subsección IV.1.1. ut supra.

⁶⁰ Principalmente por parte de MPL Communications Inc., compañía del ex Beatle Paul McCartney, y de Peer International Corp. La última demanda de finales del mes de marzo del 2000, se solicitaba una indemnización de 150.000 dólares; según los deman-

A tenor de todo lo expuesto podemos conceptualizar la piratería informática en sentido estricto como *«la copia y/o reproducción no autorizada de datos o programas informáticos protegidos, así como la copia y/o reproducción o transmisión no autorizada por vía informática o telemática de cualquier otra obra u objeto protegido por los derechos de propiedad intelectual, con ánimo de lucro y en perjuicio del autor o del titular del derecho de explotación del mismo»*.

El encuadre de esta conducta tradicionalmente se ha venido efectuando por la doctrina y el legislador dentro del ámbito de amparo de la Propiedad Intelectual, tanto en el orden del derecho civil como en el del derecho penal. Y así vemos que después de que los programas informáticos hubieran sido excluidos de la protección de patentes por todo el mundo en los años 70, en la siguiente década se vinieron efectuando en el derecho comparado varias reformas legales tendentes a una mejor protección de la propiedad intelectual en el campo de la tecnología de la información, tanto en el ámbito de la legislación civil⁶¹

dantes, este sitio facilita a sus clientes bandas sonoras de cerca de 80.000 CD's, y los consumidores consecuentemente no copian sus propios CD's, con lo que con este sistema los titulares de www.MP3.com explotan el valor de las canciones más conocidas sin el consentimiento de sus autores para así atraer el tráfico a sus páginas en su propio beneficio, pues con ello incrementan sus ingresos en publicidad. El País, jueves 30 de marzo de 2000, ciberp@ís, pág. 16.

⁶¹ Significativo es el desarrollo legislativo civil y penal en Alemania, y cuasi abrumador: la Ley de Reforma de la Propiedad Intelectual de 1985, con la introducción de los programas informáticos en el catálogo de obras protegidas en la sección 2, subsección 1, de la Ley, y la agravación en la sección 108; la Segunda Ley para el Prevención del Delito Económico de 1986, con la agravación prevista en la sección 17 de la Ley de Competencia Desleal y la introducción de una precepto penal, el parágrafo 202a, en el Código Penal, el cual está siendo nuevamente discutido en el contexto de los códigos base «decodificadores» de programas; la Ley de Protección de Víctimas de 18 de diciembre de 1986, con el derecho de la víctima de acceder a los registros garantizado por la sección 406e del Código Procesal Criminal, lo cual es importante para probar violaciones de software; la Ley de Piratería de Productos de 7 de marzo de 1990, con los derechos de información, derechos a la destrucción, comiso por las autoridades de aduanas y diferentes alcances de grados de punición; así como la Segunda Ley de Reforma de la Propiedad Intelectual de 9 de junio de 1993, fundamentalmente las secciones 69a a 69g.

como en la penal⁶², extendiendo la protección de la propiedad intelectual a estos programas. E incluso, desde 1984 empezaron a aprobarse normas y leyes adicionales para la protección de topografías de productos semiconductores⁶³. En el campo penal, en el Código Penal español de 1995, la protección de las topografías de productos semiconductores viene establecida por el artículo 273.3, dentro de los delitos relativos a la propiedad industrial.

En el campo de piratería de datos es significativa la mayor armonización y extensión de protección legal que se viene pretendiendo desde la aprobación de la Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo para la Protección Legal de Datos Bancarios de 1996⁶⁴.

Y en muchos países occidentales, el desarrollo fue similar. En Filipinas en 1972, en EEUU en 1980, en Hungría en 1983, en Australia, India, y México en 1984, en Francia, Gran Bretaña, y Japón en 1985, en Brasil y Canadá en 1987, en Dinamarca y Israel en 1988, en Colombia y Suecia en 1989, en Chile, Noruega, y en la antigua Checoslovaquia en 1990, en Finlandia en 1991, en Dinamarca, Gran Bretaña, Italia, Noruega, y Suiza en 1992, y en Austria, Chipre, Alemania, Grecia, y Suecia en 1993; y en años recientes lo han sido en Bélgica, Francia, los Países Bajos, y Polonia. En España ya fue objeto de una reforma en 1987.

⁶² En el campo de la legislación penal sobre la propiedad intelectual las reformas se llevaron a cabo en un buen número de países. Así en Italia de 1981, en Gran Bretaña de 1982, en Suecia y en la EEUU de 1982, en Finlandia de 1984, en Dinamarca y Francia de 1985, en Alemania en 1986, en Canadá de 1987, en Gran Bretaña de 1988, y en Hungría de 1992. Esta concreción de la ley penal, a diferencia de lo sucedido en la legislación civil, no estuvo basada tanto en las actividades de organizaciones internacionales, como en la nueva visión o perspectiva de protección de la sociedad de la información, lo cual trajo consigo, una mejor protección de la propiedad intelectual por la ley penal.

⁶³ Con respecto a la protección legal de topografías la Directiva de la Comunidad Europea sobre Protección Legal de Topografías de 1986, influida por la presión Americana, forzó a los estados miembros a una aprobación rápida de las correspondientes leyes internas. Y así mientras ya tenían legislación al respecto EEUU en 1984, Japón en 1985, y Suecia en el mismo año de 1986, en Dinamarca, Francia, Alemania, Gran Bretaña, Japón, y los Países Bajos se promulgaron en 1987, en Austria y España en 1988, en Australia, Italia, y Portugal en 1989, en Bélgica y Canadá en 1990, y en Finlandia y Hungría en 1991.

⁶⁴ Directiva EC 96/9 del Parlamento Europeo y el Consejo sobre la protección legal de Datos Bancarios, de 11 de marzo de 1996, Diario Oficial núm. 77/20 de 27 de marzo de 1996.

En el Código penal de 1995, determinados aspectos de la piratería informática en el ámbito económico vienen a ser sancionados conforme al art. 270, párrafo primero, como un delito contra la propiedad intelectual; concretamente cuando se trata de la copia y/o reproducción o transmisión no autorizada por vía informática o telemática de cualquier obra literaria, artística o científica. Dicho precepto sanciona a «quien con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios».

Ahora bien, la cuestión estriba en si pueden también incluirse, aunque sea de manera implícita, los programas informáticos y las bases de datos al tener éstos la consideración actual de objetos de protección de los derechos de propiedad intelectual conforme a la vigente Ley de la Propiedad Intelectual⁶⁵, concretamente su artículo 10, apartado i)⁶⁶, y

⁶⁵ Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que aprueba el texto Refundido de la Ley.

⁶⁶ Que recoge como objeto de la Ley a los programas de ordenador, y que concreta el art. 95:

«1. A los efectos de la presente ley se entenderá por programa de ordenador toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación.

A los mismos efectos, la expresión programas de ordenador comprenderá también su documentación preparatoria. La documentación técnica y los manuales de uso de un programa gozarán de la misma protección que este título dispensa a los programas de ordenador.

2. El programa de ordenador será protegido únicamente si fuese original, en el sentido de ser una creación intelectual propia de su autor.

3. La protección prevista en la presente ley se aplicará a cualquier forma de expresión de un programa de ordenador. Asimismo, esta protección se extiende a cualesquiera versiones sucesivas del programa así como a los programas derivados, salvo aquellas creadas con el fin de ocasionar efectos nocivos a un sistema informático.

Cuando los programas de ordenador formen parte de una patente o un modelo de utilidad gozarán, sin perjuicio de lo dispuesto en la presente ley, de la protección

el artículo 12, apartados 1 y 2⁶⁷, precepto este último en su nueva redacción conforme al capítulo I, artículo 1, de la Ley 5/1998, de 6 de mayo, de incorporación al Derecho Español de la Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre protección jurídica de las bases de datos, o únicamente su sanción debe seguir siéndolo por vía civil, por infracción de los derechos de propiedad intelectual⁶⁸, instando «las acciones y procedimientos que, con carácter general, se disponen en el tit. I libro III de la presente ley y, en concreto, las medidas contenidas en el art. 142, 3.ª párr. 2.º y en el art. 141,3 en relación con el 139,2 de la presente ley»⁶⁹.

Pues bien, creo que tal subsunción tipológica no es posible sin infringir los principios de legalidad y de proscripción de la analogía propios del derecho penal, por lo que para poder sancionarse el núcleo de lo que vengo considerando como espionaje informático en el ámbito económico es preciso, al menos, introducir en el reiterado art. 270.1 los términos *programas y datos informáticos*, aunque considero que la reforma legal en este ámbito debe ser mucho más profunda.

que pudiera corresponderles por aplicación del régimen jurídico de la propiedad industrial.

4. No estarán protegidos mediante los derechos de autor con arreglo a la presente ley las ideas y principios en los que se basan cualquiera de los elementos de un programa de ordenador incluidos los que sirven de fundamento a sus interfaces.

⁶⁷ Respecto a las colecciones de datos y las bases de datos «que constituyan creaciones intelectuales».

⁶⁸ Según el Art. 102 (infracción de los derechos) de la Ley de Propiedad Intelectual, «A efectos del presente título y sin perjuicio de lo establecido en el art. 100 tendrán la consideración de infractores de los derechos de autor quienes, sin autorización del titular de los mismos, realicen los actos previstos en el art. 99 y en particular:

- a) Quienes pongan en circulación una o más copias de un programa de ordenador conociendo o pudiendo presumir su naturaleza ilegítima.
- b) Quienes tengan con fines comerciales una o más copias de un programa de ordenador, conociendo o pudiendo presumir su naturaleza ilegítima.
- c) Quienes pongan en circulación o tengan con fines comerciales cualquier instrumento cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador.

⁶⁹ Art. 103 de la Ley de Propiedad Intelectual.

Sobre todo porque siguiendo con el mismo precepto, en su párrafo tercero y último, se sanciona «la fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio específicamente destinada a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador», y sobre el que ya tratamos al referirnos al hacking informático⁷⁰, y que algún autor destaca como supuesto de protección especial de los programas de ordenador, «incriminador de las conductas destinadas a inutilizar o neutralizar los medios de protección de los programas de ordenador, otorgando, así, la tutela ya reclamada por la Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo (DOL núm. 122, de 17 de mayo de 1991 [LCEur 1991, 475]), adoptada por el Consejo de las Comunidades Europeas, sobre protección de programas de ordenador»⁷¹. Si bien es cierta la expresión que efectúa el precepto a los programas informáticos, no menos cierto es que el legislador se ha quedado totalmente corto en la pretendida aplicación de la mencionada Directiva que instaba a los Estados miembros a adoptar las disposiciones de derecho interno necesarias para su cumplimiento; pues concretamente, en este ámbito, la Directiva en su artículo 7, instaba a la adopción de las medidas precisas para «evitar la puesta en circulación de una copia de programa de ordenador conociendo su origen ilícito, la tenencia con fines comerciales de una copia de programa de ordenador conociendo o pudiendo conocer su naturaleza ilegítima, así como la puesta en circulación o tenencia con fines comerciales de cualquier medio apto para facilitar la supresión o neutralización de cualquier dispositivo técnico utilizado para la protección de un programa de ordenador», y no sólo respecto a este último inciso.

Pero además, y por último, otras cuestiones peculiares relativas a la piratería informática quedan fuera de la regulación legal actual expuesta, e incluso sin ninguna. Así podemos apuntar, como han puesto de relieve DANNECKE y BASCON GRANADOS⁷², la ausencia de protección penal del

⁷⁰ Ver Subsección IV.1.1 ut supra.

⁷¹ MORÓN LERMA: «Internet y Derecho penal...», cit., nota núm. 26, págs. 32 y 33.

⁷² DANNECKE, G. y BASCON GRANADOS, C.: «Sanciones contra la violación de los derechos de autor en las bases de datos», Revista del Poder Judicial, núm. 53, primer trimestre de 1999, C.G.P.J., Madrid, 1999, pág. 120.

denominado «derecho de autor del titular de una base de datos» que recibe un ataque de este tipo, tanto por su no posible subsunción bajo esta figura del art. 270, como por la insuficiencia protectora otorgada por el art. 197.2 en los delitos relativos a la intimidad, a tenor de las directrices en tal sentido marcadas por la Directiva de 26 de marzo de 1996 de la Comunidad Europea⁷³ relativa a la protección jurídica de las bases de datos, concretamente a tenor de lo dispuesto en su art. 3 su protección por los derechos de autor, y la imposición en su artículo 12 de la obligación a los Estados miembros de establecer «las sanciones adecuadas contra la violación de los derechos que reconoce la presente Directiva», términos éstos que suelen utilizarse en las directivas de la Comunidad para obligar a introducir en los ordenamientos jurídicos internos normas de carácter penal.

IV.1.5. EL SABOTAJE INFORMÁTICO

La alta dependencia de muchas empresas en los sistemas informáticos para la gestión de sus negocios, de las administraciones públicas y de los particulares en el almacenamiento, tratamiento y transmisión de datos e información, e incluso el auge que, sobre todo últimamente en España, está teniendo el denominado «comercio electrónico» o transacciones comerciales o de servicios por vías informáticas y telemáticas, junto a la alta concentración de datos almacenados en tales equipos y sistemas, hacen del sabotaje informático otro específico y grave riesgo para los bienes jurídicos individuales y sociales, nuevos y tradicionales, requeridos de protección penal.

Tradicionalmente se han venido considerando como objetos susceptibles de deterioro, daño, inutilización o destrucción, esto es de sabotaje, en el ámbito informático tanto las instalaciones informáticas tangibles como los datos intangibles contenidos en programas informáticos y otra información valiosa. Sin embargo, desde la nueva perspectiva que hemos dado a la configuración de los delitos informáticos, el sabotaje informático ha de quedar limitado a estos últimos bienes, y compren-

⁷³ DOCE 1996, núm. L 1177, págs. 20 y ss.

der los primeros única y exclusivamente en cuanto supongan la destrucción o deterioro de los segundos, debiendo siempre existir esta finalidad en el sujeto activo y no un ánimo de lucro o enriquecimiento que nos trasladaría al ámbito del fraude informático.

Y siendo así que la finalidad del sujeto es el dañar, inutilizar o destruir datos, programas o información, por el hecho de que resulte tal afectación a través de la destrucción o deterioro del equipo físico o hardware, podemos diferenciar a su vez dos tipos de métodos de ataque lesivo o sabotaje:

— los **métodos de sabotaje físico**, que han venido siendo los iniciales y clásicos, tales como el incendio de las instalaciones o incluso la explosión de bombas en el edificio donde se encontraban los equipos informáticos, técnicas típicamente aplicadas por extraños no empleados en la empresa, o, por contra, relacionados con los propietarios de las instalaciones dañadas ⁷⁴.

— los **métodos de sabotaje lógico**, más actuales, y constitutivos del concepto de sabotaje informático en sentido estricto, esto es, en su configuración como delito del riesgo informático y de la información.

Podemos consecuentemente conceptualizar el sabotaje informático como aquella *acción dirigida a la destrucción, inutilización, o incapacitación de sistemas informáticos y telemáticos, o de datos o información contenida, trans-*

⁷⁴ Recoge SIEBER que para «expertos» dirigidos a afectar instalaciones informáticas dentro de la empresa, principalmente en casos de conflictos laborales y otros conflictos sociales, por revistas izquierdistas clandestinas europeas se recomendaban técnicas de destrucción física como las siguientes: pegar papel de lija sobre las partes electrónicamente legibles de tarjetas a fin de destruir los distintivos— o lectores de tarjetas; Insertar hierros cortadores, clips de papel, o pequeñas piezas de aluminio u hojas delgadas de metal, en los aparatos informáticos a fin de causar cortocircuitos eléctricos, verter café, solución salina, y agentes de limpieza cáusticos en la consola del operador u otro equipo; Echar humo, laca para el pelo, u otros gases en aparatos sensibles; Poner un contenedor de ácido hidrociorhídrico frente a la tubería de inducción del aire acondicionado o al ventilador de succión; Causar temperaturas extremas saboteando el aire acondicionado o las partes de calor del ordenador con un cigarrillo encendido; Interferir la estación de fuerza eléctrica, el encendido de luces de la oficina, o las líneas de comunicación; y cortar los cables o poner ratones debajo de un suelo falso donde puedan roer a través del aislamiento de los cables eléctricos. («Computer Crime...», cit., pág. 8).

serida o transmitida en los mismos, así como de sus funciones de procesamiento y tratamiento, bien mediante la utilización de métodos lógicos, informáticos o telemáticos, bien mediante el abuso de los equipos físicos.

En torno a esta concepción podemos diferenciar los siguientes métodos:

1).- El método más extendido y popular hoy en día de causar daños lógicos es a través del uso de programas destructores que pueden borrar grandes cantidades de datos en un período corto de tiempo. Estos programas pueden ser desde las llamadas «bombas lógicas» hasta utilidades autoreproducibles o rutinas, como el denominado método «Caballo de Troya», establecidas en los programas de aplicación o en el sistema operativo. En ocasiones tales programas pueden aprovechar la existencia defectos de hardware y software, en cuyo caso participan de la caracterización de otro método que veremos más adelante, recibiendo entonces la denominación de «bugs».

En este área debe darse significancia a los daños causados por la amplia difusión de tipos específicos de programas, cuales son los virus informáticos y los denominados programas gusano o «worms».

Los virus informáticos son programas que se extienden por los sistemas informáticos, en algunos casos con efectividad o activación retardada en el tiempo, y que causan daños y perjuicios en el sistema o equipo. Estos programas son distribuidos normalmente a través de la piratería de software y el uso de redes informáticas, si bien, en algunos casos, el software original, tal como fue emitido por la empresa fabricante, ya estaba infectado con un virus, y constituyen una parte considerable del número total de delitos informáticos⁷⁵.

Gran parte de la doctrina ha venido integrando en la categoría de los virus informáticos a los gusanos informáticos; pero mientras los virus se extienden en el denominado «programa anfitrión» de un sistema informático concreto, los programas gusano atacan y se extienden

⁷⁵ A principios de los noventa, en Holanda, las estadísticas nacionales sobre los virus informáticos revelaban que estos casos de sabotaje se aproximaban al 30 % del número total de delitos informáticos. Cit. por Kaspersen, en SIEBER: «Information Technologie Crime», cit., pág. 347.

por sistemas informáticos independientes. Por ello SIEBER⁷⁶ los ha definido como virus informáticos que se propagan no sólo por un sistema informático sino también en redes informáticas y que infectan una multitud de ordenadores.

El ejemplo más claro y conocido y que dio lugar al término, es el caso del «Gusano de Internet» (Internet Worm), en el que un joven científico informático norteamericano creó un virus extremadamente complejo que consistió en varios programas conjuntos; logró introducirlo en un sistema informático de investigación del Departamento de Defensa, y debido a un error de diseño se multiplicó salvajemente de una manera semejante a un gusano, afectando finalmente a más de 6.000 ordenadores. De hecho el virus no causó ningún daño material o real a archivo alguno, pero supuso un coste elevadísimo al suponer un trabajo de miles de horas para localizar y borrar completamente este virus.

La variedad de virus en circulación ha aumentado en los últimos años, principalmente por la progresiva sofisticación en su diseño técnico, dando así realce a la extensión de virus y el hacer su prevención más difícil. Y así podemos diferenciar:

a) Los virus informáticos clásicos, que se extienden en el denominado «programa anfitrión» y se activan cuando se carga un archivo.

b) Los virus del sector de arranque. Detectados con carácter generalizado en los ordenadores personales ya a principios de los años 90, este tipo de virus, una vez copiado en un medio de almacenamiento, como un disco duro o flexible, es capaz de destruir la tabla de asignación de archivos. Contrariamente a los virus tradicionales que se activan cuando se carga un archivo ejecutable, los virus del sector de arranque se extienden por la mera inserción del disco flexible infectado en una disquetera y el cambio siguiente de discos flexibles.

c) Los macro virus. Han surgido a partir de 1996, y están basados en el hecho de la progresiva sofisticación de las aplicaciones estándares, como procesadores de texto y hojas de cálculo, que permite al usuario la posibilidad de añadir códigos de programación directamente en archivos de documento para automatizar diferentes tareas. Esta caracte-

⁷⁶ SIEBER, U.: «Computer Crime...», cit., pág. 9.

rística de programación de macros está cada vez más siendo utilizada abusivamente para desarrollar nuevos tipos de virus, pues hasta entonces sólo los archivos binarios ejecutables se consideraban adecuados para transportar los datos de virus perjudiciales. Sin embargo, al añadirse la posibilidad de desarrollar macros, los archivos que anteriormente eran inocuos pueden ahora borrar los contenidos de archivos o activar procesos ocultos simplemente por iniciar su apertura. Así los macro virus usan la aplicación establecida en el programa de funcionamiento para hacer réplicas de otros archivos almacenados en el ordenador. Los macro virus consiguieron extenderse a través del cambio de archivos de documentos sobre discos flexibles y el envío de anexos al correo electrónico.

2.- Un fenómeno más reciente es el **abuso del hardware defectuoso o la terminación del software**, mediante los llamados «bugs», capaz de destruir programas o sistemas informáticos. En 1997 se tuvo conocimiento público de este tipo de acciones cuando unos ordenadores que funcionaban con una versión específica del chip Intel Pentium fueron «destruidos lógicamente» mientras ejecutaban programas conteniendo un comando especial de «código máquina». Otro «bug» ha sido detectado en 1998 en ordenadores con procesadores Intel Pentium, el «Pentium FO», que puede dañar los ordenadores basados en el Pentium MMX y el «clásico» Pentium (no MMX), e incluso ha sido debatido en Internet ⁷⁷.

3.- Otro supuesto semejante al anterior es el **ping de la muerte** («ping of death»), que sucede cuando un sencillo programa personalizado basado en la utilidad común «ping» ⁷⁸ envía datos específicos a sistemas de Windows 95 y hace que estos paren debido a un error de concepción en el desarrollo del software TCP/IP de Windows.

Normalmente, estos dos últimos tipos de ataques no comporta daños permanentes al sistema, el cual puede trabajar otra vez después de

⁷⁷ Cit. en <http://www.dgi.com/dginfo/1997/dg971108.html>,
<http://support.intel.com/support/processors/pentium/ppiie/>
(con acceso a ambos el 22 de Enero de 1998).

⁷⁸ El programa «ping» es usado para determinar si un anfitrión Internet es accesible en un cierto momento y saber durante cuanto tiempo viajan los datos por Internet.
Cit. en: <http://www.sophist.demon.co.uklpjng/> (Con acceso el 22 de Enero de 1998).

un reinicio del mismo. No obstante los datos no guardados normalmente se perderán sin posibilidad de recuperación. Los fabricantes de los equipos afectados o software normalmente desarrollan los denominados «bug fixes» o «workarounds» para prevenir tales posibles daños. Sin embargo, el desarrollo rápido de las tecnologías permiten una situación general en la que los potenciales infractores siempre estarán al menos un paso por adelante de las medidas de seguridad adoptadas.

4.- La convergencia anteriormente citada de sistemas informáticos y de telecomunicación nos lleva al reconocimiento de que tanto las acciones físicas como las lógicas de sabotaje son cada vez más significativas. Las acciones de **sabotaje físico están siendo dirigidas hacia líneas de teléfono y otras líneas de datos o telemáticas**. Un ejemplo de sabotaje en el campo de líneas de datos fue un ataque a la red de la empresa Deutsche Telekom en febrero de 1995, en que los autores pertenecientes a un grupo llamado «Keine Verbindung e. V.», que asumió la responsabilidad de la acción en una carta posterior y en la que se declaraba que su finalidad había sido la de intentar impedir la deportación de personas que buscaban asilo político, cortaron siete cables de fibra ópticos subterráneos y así interrumpieron aproximadamente 7.000 teléfonos y líneas de datos de los alrededores del aeropuerto principal de Frankfurt⁷⁹.

5.- Por último, y en cuanto a los más recientes supuestos de ataque lógico en sistemas de comunicación telemática e Internet, son de remarcar las acciones de **denegación de servicio** («denial of service» o «DOS»), culminadas en la más compleja **denegación distribuida de servicios** («DDoS») y que se ha puesto de relieve debido a la gran trascendencia que le han dado los medios de comunicación social a un caso de este tipo acaecido a principios del mes de febrero del 2000, que afectó a portales líderes de Internet como Yahoo!, eBay, Buy.com o E-Trade.

Lo cierto es que las acciones de «DOS» no son novedosas, y se vienen utilizando desde hace algún tiempo y con frecuencia. Según una estadística del esCERT referente a 1999, el 28,2 % de los incidentes de-

⁷⁹ Cit. en «Frankfurter Allgemeine Zeitung», núm.. 28, de 2 de Febrero de 1995, pág. 1, y núm.. 29, del día siguiente, pág. 1.

nunciados por las empresas en 1999) correspondían a estas «denegaciones de servicio». La acción tradicional consiste en enviar mucha información a un ordenador o terminal informática a través de la red en forma de cartas electrónicas (sistema denominado «mailbombing» en tanto supera la mera actividad de «spamming»⁸⁰) o de paquetes de datos hasta que el equipo atacado no lo soporta, se bloquea y deja de funcionar, lo cual naturalmente depende de que el atacante disponga de más ancho de banda que el atacado. Con la progresión de la técnica, actualmente se utilizan programas específicos, que pueden incluso ser obtenidos en la propia red⁸¹, y la acción común consiste en enviar múltiples peticiones de información y/o falsas señales de confirmación⁸².

Pero el ataque «DDoS» supone no sólo un salto cuantitativo sino incluso cualitativo en estos métodos de ataque lógicos, requiriendo programas más complejos que permitan que el ataque se desarrolle en paralelo desde una pluralidad de terminales u ordenadores, logrando consecuentemente el colapso de sistemas más potentes que cada uno de aquéllos individualmente, y capaces de manejar niveles máximos de tráfico de información. Algunos de estos programas, como el TFN y el TFN2K habían sido creados por un alemán que opera en la red, de sobrenombre Mixter, para poner a prueba los sistemas informáticos, y para que se tomara conciencia del problema⁸³.

El caso referido con anterioridad que ha tenido un gran eco y repercusión social es el ataque DDoS sufrido inicialmente por Yahoo! y que afectó también a las webs de otros de los más populares y frecuen-

⁸⁰ El «spam» inicialmente consiste en el envío no consentido e indiscriminado de mensajes publicitarios por correo electrónico.

⁸¹ En el propio buscador del portal de Yahoo! tecleando «hacking» como término de búsqueda se puede obtener uno.

⁸² Cuando el usuario encuentra lo que quiere, su ordenador envía automáticamente al sistema central de la empresa atacada una señal indicando que la información ha llegado correctamente, con lo que el programa utilizado por el atacante lo que hace enviar continuamente señales de confirmación que de hecho no responden a petición o localización efectiva alguna.

⁸³ El País, domingo 20 de febrero del 2000, sección Sociedad, pág. 36, en cita a una entrevista recogida en la publicación News.com de primeros de febrero del 2000.

tados portales de Internet. Concretamente los autores, que previamente en días o incluso semanas antes, habían logrado el acceso a unos cuantos ordenadores con conexiones potentes (principalmente de universidades como la de Standford, y las de California en Los Angeles (UCLA) y Santa Bárbara (UCSB), así como de algunas empresas) e instalado en ellos sin autorización un programa DDoS⁸⁴, en la mañana del día 7 de febrero del 2000, a una orden informática de activación de los autores, e interconectándose a un mayor número de ordenadores⁸⁵ y enmascarando además sus direcciones de origen (lo que se denomina «IP Spoofing» por lo que resultaba muy difícil saber el ordenador o terminal de origen), se lanzaron conjuntamente contra el objetivo, la web de Yahoo!, y concretamente su buscador, bombardeando el servidor de dicha empresa radicado en Mountain View (California) destinado a buscador de información⁸⁶, mediante peticiones de información y falsas señales de confirmación, llegando a alcanzar hasta un gigabyte de información por segundo⁸⁷, lo que hizo que los «routers» (chips encargados de dirigir el tráfico de la información) de Yahoo! se bloquearan con tantas confirmaciones que no obedecían a nada, no pudiera el sistema prestar servicio alguno y no pudiendo ningún usuario conectarse.

⁸⁴ No así sin ser detectados, pues de tal acción se percató la red de seguridad financiera norteamericana, sistema creado unos meses antes por Bancos e instituciones financieras de EE.UU. bajo el auspicio del Gobierno norteamericano, pero de lo que no informaron al haberse dispuesto en su creación que tal red defensiva debía ser absolutamente secreta en cuanto no compartirían la información con nadie. Ello ha supuesto también el que el presidente norteamericano, tras el ataque informático, se reuniera el día 15 de febrero del 2000 con un grupo de representantes de la comunidad empresarial de Internet y se pretendiera crear, a cargo del Gobierno y con un aumento del crédito presupuestario asignado por el Congreso, un centro de seguridad y prevención de ataques en los medios de comunicación informática y telemática.

⁸⁵ Se estimó por fuentes del FBI que desde unos 3.500 ordenadores repartidos por todo el mundo.

⁸⁶ Las bases de datos de comercio electrónico y los servicios de correo electrónico de dicha empresa están en otro servidor.

⁸⁷ Un gigabyte de información es lo que muchos portales de comercio electrónico no llegan a recibir ni en un año.

Las consecuencias de este bloqueo informático trascendieron de la mera inutilización de los portales, que duró aproximadamente tres horas, y las pérdidas económicas de las empresas titulares, pues supuso además una incidencia en la cotización de sus acciones en los mercados de capitales. Así en la Bolsa de Wall Street, las acciones de las compañías atacadas cayeron en su valor de cotización en muy pocos días; Yahoo! un 4,45%, Buy.com un 6,27%, E-Trade un 1,45%, eBay un 5,15%, Amazon un 2%, e incluso Time Warner un 2,27%⁸⁸.

La reacción ante este ilícito informático ha venido siendo tratado por las legislaciones penales entre los delitos contra la propiedad, y concretamente de daños, si bien introduciendo nuevas figuras a fin de proteger los bienes jurídicos intangibles de los datos o la información, dado que en la configuración de las figuras preexistentes únicamente se tenían en consideración los bienes tangibles o corpóreos. Tal es el caso de Alemania, en donde para la prevención de las acciones de sabotaje informático, la figura de daños a la propiedad (parágrafo 303 del Código Penal) fue completada por las figuras de alteración de datos (parágrafo 303a) y sabotaje informático (parágrafo 303b).

En España, el Código Penal de 1995 introdujo tras la figura del delito genérico de daños del art. 263, y junto a los supuestos agravados del apartado 1 del art. 264, un nuevo apartado 2 en el que pueden subsumirse la mayoría de los aspectos del sabotaje informático; una figura que parte de la doctrina, como SERRANO GÓMEZ⁸⁹ o QUINTERO OLIVARES⁹⁰ ha venido a denominar como «daños a programas o documentos electrónicos». En dicho precepto se establece que *«La misma pena se impondrá⁹¹ al que por cualquier medio destruya, altere, inutilice o de cualquier otro modo dañe los datos, programas o documentos electrónicos ajenos contenidos en redes, soportes, o sistemas informáticos»*.

⁸⁸ «La Vanguardia», del miércoles 09 de febrero del 2000, sección sociedad, pág. 31; y del miércoles 16 de febrero del 2000, sección Sociedad, pág. 32.

⁸⁹ SERRANO GÓMEZ: «Derecho Penal...», cit., pág. 429.

⁹⁰ QUINTERO OLIVARES y otros: «Comentarios al nuevo...», cit., pág. 1204.

⁹¹ Se refiere a la pena de «prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses» asignada en el apartado 1 a los supuestos agravados del delito común de daños.

Si bien con el precepto el legislador cumple las directrices de la ya citada Directiva 91/259/CEE, de 14 de mayo, sobre protección jurídica de programas informáticos, los términos del mismo van más allá en la protección otorgada, en cuanto a la referencia a los «documentos electrónicos», además de haberse previsto la sanción por su comisión imprudente (imprudencia grave) conforme a lo previsto con carácter general en el art. 267, párrafo primero. Mas en lo que se refiere al estricto ámbito del sabotaje informático, este ilícito se configura en el precepto como un delito especial tanto por la naturaleza intangible de los objetos sobre los que recae la acción, como por su estructura y configuración autónoma, aunque no de forma independiente, en otro precepto distinto, como hubiera sido más deseable. Pues tal precepto no debe entenderse como subsidiario o complementario del delito de daños genérico del art. 263, ni mucho menos de sus supuestos agravados, y su aplicación si bien deviene en subsidiaria respecto de los restantes «alteraciones», daños o inutilizaciones expresamente previstas y tipificadas en otros preceptos del Código Penal, tal carácter subsidiario no procede de la prevención establecida en el art. 263 de «*el que cause daños en propiedad ajena no comprendidos en otros Títulos de este Código*», sino precisamente en la ausencia de los elementos específicos, normalmente subjetivos del injusto, que se requieren en las restantes figuras delictuales⁹².

Ciertamente el legislador parece pretender con este precepto el completar la protección penal de los datos y programas informáticos no sólo desde el punto de vista patrimonial otorgada también respecto a su sustracción, apoderamiento y copia no autorizada, conforme a las figuras recogidas en los artículos 270 (propiedad intelectual) y 278.1 (secretos empresariales), e incluso complementada en ciertos aspectos también conforme a la figura de las manipulaciones informáticas defraudatorias patrimoniales del art. 248.2, sino además en coordinación sistemática con la protección de los mismos en el ámbito de la intimidad, personalidad y privacidad del art. 197.

⁹² Así si la alteración del programa o los datos supone una «manipulación informática para defraudar», el hecho sería subsumible en la figura del art. 248.2 y no en esta.

Una primera cuestión surge en cuanto al requisito de ajenidad, y poner como objeto de discusión la posibilidad de la autoría en los casos de inutilización del programa de ordenador por el propio creador o el titular de los derechos de explotación, por ejemplo cuando la empresa comercializadora del programa vendido o cedido ha introducido rutinas que operarán ante ciertas circunstancias como la falta de pago o la reproducción no autorizada del programa en cuestión. En este caso, y desde el punto de vista comercial, empresarial y civil, hay que recordar que normalmente los derechos de explotación, y los de propiedad intelectual, permanecen, salvo pacto, en la empresa suministradora, obteniendo el cliente sólo el derecho de uso, por lo que no sería aplicable el delito de sabotaje informático y la cuestión debería quedar relegada al ámbito civil por incumplimiento de las respectivas obligaciones contractuales. No obstante, si partimos de la base de protección no sólo el programa en sí sino también de los datos informáticos y de la información en sí misma, propiedad de la empresa explotadora serán las instrucciones del programa, pero no los datos con él procesados, y sobre éstos sí sería aplicable esta modalidad de ilícito penal informático.

Es de significar que a tenor de los términos amplios e indeterminados utilizados, «*por cualquier medio*» y «*o de cualquier otro modo*», permite incluir en la acción típica los ataques tanto mediante métodos físicos como mediante los que hemos calificado de lógicos. Pero lo que es fundamental, permite la posibilidad de su comisión por omisión. Y en este punto surge un aspecto de debate, cual es la delimitación entre los actos preparatorios, la tentativa y la consumación delictual, pues si bien la consumación se determina por la producción efectiva de la destrucción, alteración o inutilización, admitiéndose las formas imperfectas de ejecución, la cuestión surge en determinar, como ya en su momento sostenían ROMEO CASABONA⁹³ o GÓMEZ PERALS⁹⁴ si la introducción de una rutina destructiva en el programa constituye un acto ejecutivo punible (tentativa) o uno preparatorio impune.

⁹³ ROMEO CASABONA, C.M.: «Los delitos de daños en el ámbito informático», Cuadernos de Política Criminal, núm. 43, editorial Edersa, Madrid, 1991, págs. 109 y 110.

⁹⁴ GÓMEZ PERALS: «Los Delitos Informáticos...», cit., págs. 487 y 488.

Tales autores sostenían que si el autor conoce que se va a producir la activación del mecanismo destructor aunque desconozca cuándo —a fortiori si lo sabe— la acción constituye ya un acto ejecutivo, que quedará en tentativa si el resultado no se llega a producir por descubrimiento por el potencial perjudicado. En cambio si el autor conoce el cuándo pero no el sí porque ello depende de un evento ajeno (actuaciones de terceros) estaríamos ante actos preparatorios impunes, y con mayor razón si ni siquiera conoce el cuándo, pues hasta que no se produzca dicho evento no empieza el peligro para el bien jurídico.

En la actualidad tales consideraciones han de efectuarse de forma diferente, pues si la introducción de un virus o programa destructor en una red o sistema informático ya supone una alteración de parte o elemento alguno del software contenido en el mismo, a tenor de los términos en que está redactada la acción típica en el art. 264.2, y concretamente «alterare», no cabrá ninguna duda de que estamos ya en presencia de la consumación delictual.

Pero a renglón seguido surge otra cuestión a debate, en cuanto a la naturaleza exclusivamente patrimonial del ilícito. Y así mientras autores, como VALLDECABRES ORTIZ⁹⁵, consideran que el bien jurídico protegido es la propiedad ajena, otros, como MORÓN LERMA⁹⁶ entienden que la protección se dispensa respecto de intereses de contenido económico no identificables con el patrimonio «*strictu sensu*». Y este criterio creo que es el adecuado y acertado en los términos que he expuesto, y en la caracterización que he propuesto para la configuración de los delitos de riesgo informático y de la información.

La consecuencia primordial es que el límite fijado en el art. 263 respecto de la cuantía de 50.000.- pesetas para poder ser apreciada la conducta de daños como delito o falta⁹⁷ no es aplicable al sabotaje informático del art. 264.2, el cual será delito sea cual fuere la cuantía

⁹⁵ VALLDECABRES ORTIZ, I. en VIVES ANTÓN, T.S., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., y otros: «Comentarios al Código Penal de 1995», Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, págs 1313 y 1314.

⁹⁶ MORÓN LERMA: «Internet y Derecho penal...», cit., págs. 59 y 60.

⁹⁷ Y sancionable consecuentemente conforme al art. 625.1 del Código Penal.

del daño efectivo causado, y únicamente tendrá incidencia en la determinación de las responsabilidades civiles derivadas del ilícito penal. Y sostengo tal apreciación en base a:

- 1.º Que no viene expresamente establecido en el tipo.
- 2.º Que no es un delito de daños genérico, ni supuesto agravado del tipo básico del art. 263, sino especial.
- 3.º Que el bien jurídico protegido no es estricta ni únicamente patrimonial.

4.º Que su aplicación residual respecto de otros supuestos de alteraciones daños o inutilizaciones de bienes y objetos intangibles informáticos expresamente recogidos en otros preceptos penales vendrá determinado por la exigencia de elementos específicos subjetivos del injusto, como el ánimo de lucro, o de una especial tendencia subjetiva.

Por último es de señalar lo dispuesto en el art. 266, que recoge el supuesto cualificado de comisión de «*los hechos descritos en el artículo anterior*», es decir únicamente en referencia a los daños a bienes afectos al servicio de las Fuerzas Armadas y Cuerpos de Seguridad, cuando, entre otros dos supuestos⁹⁸, «*o que ponga en peligro la vida o la integridad de las personas*». Es una lástima que tal previsión normativa haya quedado limitada a los supuestos del artículo 265 y no haya comprendido también el apartado 2 del art. 264, y extendiendo su ámbito al sabotaje informático, lo cual hubiera permitido el subsumir en la previsión penal determinados supuestos de comportamientos de naturaleza mixta entre los ilícitos tradicionales y los del riesgo informático y de la información, como los supuestos de alteración de datos sobre tratamientos médicos contenidos en un sistema informático hospitalario a lo que nos hemos referido con anterioridad⁹⁹.

Concluyendo, el sabotaje informático tiene una amplia regulación en el art. 264.2 del Código Penal de 1995, configurándose como un delito pluriofensivo y no estrictamente patrimonial, pero no con la caracterización completa como para poder calificarse de delito de riesgo informático y de la información.

⁹⁸ «Mediante incendio o cualquier otro medio capaz de causar graves estragos».

⁹⁹ Ver Apartado III.5.4.5 ut supra.

IV.1.6. LA EXTORSIÓN INFORMÁTICA COMO CONSECUENCIA DE ALGUNOS ILÍCITOS INFORMÁTICOS EN EL ÁMBITO ECONÓMICO

Hemos apuntado que principalmente los casos de espionaje, piratería y sabotaje informático constituyen cada vez más un serio problema y mayor peligro informático a tenor de la progresiva integración de la sociedad y el ciudadano en la denominada economía electrónica e informática, y la dependencia de los particulares y de la administración del funcionamiento de los modernos sistemas informáticos y de comunicación.

Esta dependencia de la sociedad de información de los sistemas informáticos también hace de la denominada **extorsión informática**, aunque no es un ilícito informático propiamente dicho, una peligrosa forma de ataque. En estos casos, la víctima es amenazada, por ejemplo, con la destrucción de sus sistemas informáticos o con la divulgación de información secreta o confidencial.

Un ejemplo de la primera modalidad de extorsión informática es el caso de un científico americano que distribuyó más de 20.000 diskettes que supuestamente contenían información acerca del virus del SIDA, pero en su lugar codificaban el disco duro de usuario cuando abría los archivos almacenados. Mediante un correspondiente anuncio en la pantalla, los usuarios eran requeridos a transferir una cantidad de por lo menos 189 dólares a una cuenta bancaria en Panamá a fin de obtener el código para descodificar el disco duro ¹⁰⁰.

Con respecto a la amenaza de divulgar datos confidenciales muchos casos acaecidos en materia de atentados contra la intimidad y privacidad son encuadrables en este área. Así existe constancia policial de casos de bancos en los que éstos fueron chantajeados con la amenaza de publicar datos de sus clientes (incluyendo datos de clientes quienes presumiblemente habían cometido delitos de fraude fiscal). En España, en 1998, la entonces Unidad de Delitos Informáticos de la Guardia Civil investigó y resolvió un caso ocurrido en Tenerife en el que los au-

¹⁰⁰ Caso recogido por Kaspersen, en SIEBER: «Information Technologie...», cit., págs. 351 y ss.

tores, tras entrar en el sistema informático de una empresa y apoderarse de las bases de datos de los clientes, exigió a la misma 2.000 millones de pesetas por no difundirlos, siendo detenidos antes de que lograran sus propósitos ¹⁰¹.

Tanto el espionaje como el sabotaje son técnicas utilizadas principalmente por organizaciones terroristas en sus atentados contra medios informáticos. Como casos curiosos citaba GÓMEZ PERALS ¹⁰² el del extinto grupo CLORO (Comité para la Liquidación o Conversión de los Ordenadores), que se autoproclamaban trabajadores de la Informática a la que consideraban un instrumento de dominación para el control y represión del pueblo, o los de ciertas organizaciones pretendidamente «pacifistas» que dirigieron sus acciones violentas contra los sistemas informáticos al servicio de instalaciones bien militares como la OTAN, o simplemente civiles, como la central telefónica de Ríos Rosas en Madrid, y en los que en muchas ocasiones existió una previa reclamación económica o política para no efectuar o verificar las citadas acciones.

¹⁰¹ El País, domingo 20 de febrero del 2000, sección Sociedad, pág. 36.

¹⁰² GÓMEZ PERALS: «Los Delitos Informáticos...», cit., pág. 489.

IV.2

EL FRAUDE INFORMÁTICO

IV.2.1. CONCEPTUACIÓN TRADICIONAL

A tenor de lo expuesto en anteriores capítulos, podemos entrever que el término de fraude informático ha sufrido una constante evolución conceptual. Durante largo tiempo, en lo que se ha denominado «era de las grandes estructuras informáticas», esto es con anterioridad a la década de los ochenta, el término de fraude informático venía a referirse a los ilícitos cometidos a través o mediante un ordenador, constituyéndose por una parte en un grupo uniforme de delitos, principalmente de tipo económico, llegándose a asimilar o equiparar con su conceptualización la del delito informático o vinculado a la informática.

Ahora bien, debido a la progresiva diversificación tanto de los sistemas informáticos en diversas áreas de la sociedad, como de las conductas llevadas a cabo y finalidades perseguidas por los delincuentes informáticos, el término de fraude informático se ha venido restringiendo para ser utilizado en la descripción del ilícito económico vinculado a la informática por excelencia, pero limitándose inicialmente al ámbito del fraude patrimonial mediante manipulaciones por medios informáticos¹⁰³; es posteriormente, a finales de los ochenta, cuando este

¹⁰³ Las ya entonces denominadas «Manipulaciones Informáticas» habían sido el punto de inicio del debate sobre los ilícitos económicos vinculados con la informática.

ilícito va nuevamente extendiéndose conceptualmente para describir un espectro de varios supuestos distintos dentro del campo de los delitos económicos, lo que implicó a su vez que el término de manipulaciones informáticas también operara una evolución en su conceptualización, constituyéndose para la doctrina en la vía o medio comisivo común o básico utilizado para la realización de ataques a una gran variedad de bienes jurídicos, económicos o de otro tipo, tradicionales o no. Es por ello que actualmente algún autor ha llegado a sostener que las manipulaciones en sí mismas sólo pueden ser consideradas como un medio de comisión delictiva ¹⁰⁴, eso sí, específicamente informático, pero sin que pueda equipararse o asimilarse por completo a la figura del fraude informático, ni a ninguna otra en el ámbito económico.

En cualquier caso, toda conceptualización o definición del fraude informático elaborada hasta la fecha se ha venido efectuando mayoritariamente desde la inicial perspectiva del ámbito penal económico, y desde el enfoque de protección de bienes jurídicos tradicionales en este orden, individuales o colectivos (la propiedad, el patrimonio, el orden socioeconómico), y bien otorgándole una naturaleza sustantiva eminentemente económico patrimonial, o bien sin atribuírsela específicamente pero asignándole una categoría de carácter criminológico y funcional en referencia a intereses económicos diversos. De ahí que se utilizara el sustantivo fraude o defraudación al que se le añadía el calificativo de informático.

Sin perjuicio del análisis pormenorizado que efectuaré más adelante en los capítulos siguientes de los distintos criterios de formulación conceptual adoptados hasta la fecha sobre el fraude informático ¹⁰⁵, incluso por la jurisprudencia y la doctrina patrias ¹⁰⁶, se puede observar que las primeras conceptualizaciones y definiciones de lo que se ha venido conociendo en el ámbito económico con el término de «fraude informático» o «computer fraud» han sido inicialmente efectuadas con

¹⁰⁴ Así SIEBER: «Legal Aspects...», cit., pág. 50.

¹⁰⁵ Referente a organismos internacionales y supranacionales el Capítulo V, y su tratamiento en el Derecho Comparado en el Capítulo VI, ambos ut infra.

¹⁰⁶ Ver Capítulo VII ut infra.

un carácter muy general y excesivamente extensivo, tanto por la doctrina extranjera como por la española, en una equiparación al término fraude vinculado con la informática («computer related fraud»).

Más adelante, surgen restricciones conceptuales, limitándolo al ámbito patrimonial. Sirva como ejemplo la conceptualización que ha venido sugiriendo la doctrina luxemburguesa desde 1985, tal y como recoge JAEGER¹⁰⁷, de «todo atentado intencional llevado a cabo contra el patrimonio y perpetrado en relación con el funcionamiento del ordenador»; o la sostenida en nuestra patria por HERRERO HERRERO¹⁰⁸ como «la operación o conjunto de operaciones encaminadas a manipular algún sistema de tratamiento automatizado de datos, sea en su recogida, en su registro, en su elaboración, en su modificación, en su conservación, destrucción, o edición, con el fin de causar a un tercero un perjuicio patrimonial»¹⁰⁹.

Algunos autores incluso han precisado otras conceptualizaciones en base a la actividad informática refiriéndose, por ejemplo, al tratamiento electrónico de datos, al procesamiento de datos, o a algún elemento sobre el que suele recaer la acción, como una «Trasferencia Electrónica de Fondos»¹¹⁰. Mas a estas últimas se puede oponer, como ha sostenido DEL PESO NAVARRO¹¹¹, que una Transferencia Electrónica de Fon-

¹⁰⁷ JAEGER: tanto en «La fraude informatique», cit., págs. 325 y 353, como en «Les Crimes informatiques et d'autres crimes dans le domaine de la technologie informatique au Luxembourg», *International Review of Penal Law*, Vol. 64, 1-2, 1.º y 2.º trimestre de 1993, pág. 452.

¹⁰⁸ HERRERO HERRERO, C.: «Modelos peculiares de estafa: Estafas con tarjetas de crédito, con y sin barra magnética. Estafas por medio del ordenador», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1701, 1994, pág. 118.

¹⁰⁹ Véase lo amplio de tal conceptualización, que ni tan siquiera requiere la existencia de un ánimo de lucro en el sujeto activo.

¹¹⁰ Así v.g. GONZÁLEZ RUS, en «Tratamiento penal de los delitos patrimoniales...», cit., pág. 183.

¹¹¹ DEL PESO NAVARRO, E.: «Resolución de conflictos en el intercambio electrónico de documentos», sexta ponencia presentada en el curso de formación de magistrados, fiscales y secretarios judiciales, organizado por el Consejo General del Poder Judicial del 20 al 22 de mayo de 1996, sobre el «Ámbito jurídico de las tecnologías de la información», y publicadas todas las ponencias en una obra colectiva bajo esta última misma rúbrica en *Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial/C.G.P.J.*, Madrid, 1996, págs. 191 a 245.

dos (TEF) puede significar muchas cosas, constituyéndose en un término excesivamente genérico ¹¹².

También para GÓMEZ PERALS ¹¹³ el hecho de la creciente informatización de las operaciones comerciales, bancarias y bursátiles, esto es, de las Transferencias Electrónicas de Fondos que las conforman, suponía el auge de los ilícitos patrimoniales realizados «por medio» de sistemas informáticos, siendo las conductas más características en este ámbito las defraudaciones que se cometen mediante la introducción de datos falsos o la alteración de programas para determinar la transferencia automática, ingreso, o reconocimiento de créditos en favor del autor, caracterizando el ilícito en que el objeto de la acción es la «moneda escritural o moneda de giro», la cual no es una cosa mueble, sino sólo representación de una deuda de valor generada por el traspaso de un crédito de una cuenta corriente a otra, mediante un asiento contable. Y un caso típico sería el pago de pensiones a favor de personas en realidad fallecidas ya, o el redondeo de céntimos en las nóminas o intereses en favor de una cuenta del autor ¹¹⁴.

Pero el asumir tales argumentaciones conceptuales en torno al método de las operaciones informatizadas como objeto principal del nuevo fraude supone que a tenor de la continua evolución de las nuevas tecnologías deberíamos cambiar no sólo la conceptualización del ilícito, sino

¹¹² Definiéndola dicho autor como «la transferencia de fondos que de forma automática es ejecutada inmediata y simultáneamente a la orden dada por el titular de la cuenta bancaria por medio de un sistema electrónico», o, a tenor de los conceptos establecidos por el Acta sobre la TEF de los Estados Unidos de 1978 y por la Comisión de las Naciones Unidas UNCITRAL y que asimismo cita, como «la utilización, con el empleo de medios telemáticos entre las dos partes intervinientes en una transacción económica de datos puramente electrónicos, datos que si se transfieren de una parte a otra de manera inmediata permite a su receptor estar en disposición de utilizarlos en otra transacción económica, en la que ahora éste asume el papel de pagador». *Ult. op. cit.* págs. 200 y 201, en cita respecto a esta última conceptualización a TERRADO, F.: «Experiencias en el sector bancario: Riesgos en los sistemas electrónicos». Seminario: «La validez de los contratos internacionales negociados por medios electrónicos», CECO, Madrid, 1987, pág. 3).

¹¹³ GÓMEZ PERALS: «Los Delitos informáticos...», cit., pág. 490.

¹¹⁴ Método que se denomina «Salami slicing» o «Rounding down».

incluso su designación, y así hablar de un «fraude cibernético», un «fraude digital», o incluso de un «fraude telemático», lo cual supondría desvirtuar totalmente la entidad penal sustantiva y la naturaleza jurídica que se le pretende, y pretendo con esta tesis, dar a esta figura, y no como meramente criminológica.

Una breve exposición de la controversia que en nuestro país ha venido suscitando el tema de la delimitación conceptual del fraude informático, sin perjuicio de una posterior exposición más amplia ¹¹⁵, se puede observar en las siguientes posturas doctrinales:

Siguiendo la postura mayoritaria ROMEO CASABONA ¹¹⁶ equipara el fraude informático a «manipulación de datos informatizados», y lo conceptúa como «incorrecta modificación del resultado de un procesamiento automatizado de datos, mediante la alteración de los datos que se introducen o están ya contenidos en el ordenador en cualquiera de las fases de su procesamiento o tratamiento informático, siempre que sea con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero».

CORCOY y JOSHI ¹¹⁷ hablan de «estafas por computador», conceptuándolas como «manipulaciones del proceso de elaboración electrónica de cualquier clase y en cualquier momento de éste, con la intención de obtener un beneficio económico, causando a un tercero un perjuicio patrimonial».

CAMACHO LOSA ¹¹⁸ configura el fraude informático como «toda conducta fraudulenta realizada a través o con la ayuda de un sistema informático por medio de la cual alguien trata de obtener un beneficio ilícito».

¹¹⁵ Ver Sección VII.2 ut infra.

¹¹⁶ ROMEO CASABONA: tanto en «Poder Informático y...», cit., pág. 47, de 1988, como en la segunda parte de «Tendencias actuales sobre...», cit., pág. 182, de 1993. Hay que recordar que, como el propio autor dice (pag. 179, nota 27), «En esta parte me baso fundamentalmente en mi trabajo anterior... debidamente actualizado».

¹¹⁷ CORCOY BIDASOLO y JOSHI JUBERT: «Delitos contra el patrimonio...», cit. págs. 141 y ss.

¹¹⁸ CAMACHO LOSA: «El delito informático», cit., pág. 28.

Y RUIZ VADILLO¹¹⁹ se refiere a los «Fraudes informáticos» como «toda injerencia en el tratamiento de datos con una finalidad de lucro y un perjuicio patrimonial conseguido o intentado».

En cuanto a la caracterización del ilícito, y en tal ámbito de concepción de los fraudes informáticos, CAMACHO LOSA¹²⁰, no desde un punto de vista estrictamente penalista sino más bien desde la perspectiva del técnico en seguridad informática, consideraba concurrentes los siguientes elementos:

1.º Una conducta fraudulenta, consistente en un uso indebido o una manipulación fraudulenta de elementos informáticos (pero no desarrolla lo que debe entenderse por fraudulento).

2.º La presencia de componentes físicos y/o lógicos del sistema informático como instrumento de auxilio de dicha conducta.

3.º El ánimo de lucro injusto constituido por la finalidad perseguida de obtención de un beneficio ilícito (elemento subjetivo).

4.º El resultado perjudicial ajeno, la producción de un perjuicio en otro, de carácter económico y cuantificable¹²¹, siendo suficientes los «perjuicios económicos indirectos» y los «perjuicios intangibles»¹²².

De hecho, como ya sostuvo GUTIÉRREZ FRANCÉS¹²³, al venir identificando la mayoría de la doctrina el término «fraude informático» con

¹¹⁹ RUIZ VADILLO: «Tratamiento de la delincuencia informática como...», cit., pág. 60., en donde efectúa una clasificación por la naturaleza del bien jurídico afectado, y en este grupo de «Fraudes informáticos» incluye las figuras clásicas ya existentes «de robo, hurto, abuso de confianza o apropiación indebida, estafa, etc.».

¹²⁰ CAMACHO LOSA: «El delito informático», cit., págs. 28, 29 y 30.

¹²¹ Así dicho autor critica la conceptualización de fraude informático contenido en el informe publicado por la AICPA (American Institute of Certified Public Accountant) y elaborado por el sector de la banca y seguros en EE.UU. en 1984, que exigía que la conducta fraudulenta tuviera un impacto real o potencial en los estados financieros de una organización.

¹²² En el ámbito genérico de la delincuencia económica también viene reconocida la existencia de «daños inmateriales», la mayoría de los cuales además no se producen de forma inmediata sino remota. Así BAJO FERNÁNDEZ, M.: «Derecho Penal Económico (Aplicado a la actividad empresarial)», Civitas, Madrid, 1978, págs. 51 y ss., habla como ejemplos de «pérdida de confianza en el tráfico mercantil, la deformación del equilibrio de mercado y la eliminación de la competencia».

¹²³ GUTIÉRREZ FRANCÉS: «Fraude Informático...», cit., pág. 115.

las que ella denomina «manipulaciones informáticas lesivas del patrimonio», se efectuaba también una restrictiva inexactitud conceptual al dejar de lado comportamientos defraudatorios realizados por procedimientos informáticos en el ámbito económico pero no afectantes a un interés estrictamente patrimonial, y por ello esta autora efectúa una conceptualización de carácter funcional o instrumental del «fraude informático» como «una pluralidad de conductas lesivas de intereses económicos diversos, llevadas a cabo, con ánimo de obtener una ventaja económica, aprovechando las características de los sistemas informáticos y su funcionamiento»¹²⁴, y rechazando tanto el entendimiento o equiparación genérica de «fraude informático» a «ilícito informático», como a la restrictiva de «mera infracción con ordenador»¹²⁵.

Acojamos o no esta última postura doctrinal, lo cierto es que vino a exponer que la configuración del fraude informático, desde la perspectiva del derecho penal tradicional y enfocado en la protección de bienes jurídicos económicos tradicionales, al ser entendido como toda conducta defraudatoria (elemento sustantivo) a la que se le añadía como calificativo la caracterización informática de sus medios comisivos (elemento adjetivo), no podía quedar limitado al ámbito del patrimonio individual «strictu sensu», pudiendo consecuentemente afectar a otros intereses económicos muy diversos, bien individuales bien colectivos, como los del ámbito tributario, del sistema de libre mercado, de los consumidores, de la Seguridad Social, u otros socioeconómicos.

En tales términos, ROMEO CASABONA¹²⁶, considerando que el ánimo de lucro es el elemento diferenciador de otras manipulaciones conec-

¹²⁴ GUTIÉRREZ FRANCÉS: «Fraude Informático y...», cit., págs. 116 y 117. La misma autora ha vuelto a reiterar recientemente su defensa en torno a tal conceptualización funcional en «Delincuencia económica e informática en el nuevo Código Penal», Séptima Ponencia presentada en el curso de formación para magistrados, fiscales y secretarios judiciales organizado por el C.G.P.J. del 20 al 22 de mayo de 1996, y publicada en la obra conjunta ya citada: «Ambito jurídico de las tecnologías de la información», Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial/C.G.P.J., Madrid, 1996.

¹²⁵ GUTIÉRREZ FRANCÉS: «Fraude Informático y...», cit., pág. 187.

¹²⁶ ROMEO CASABONA: tanto en «Poder Informático...», cit., pág. 51, como en la segunda parte de «Tendencias actuales sobre...», cit., pág. 183.

tadas con bienes jurídicos diferentes, estableciendo respecto a los elementos anteriores unas precisiones, principalmente la de la naturaleza del perjuicio, concibe el fraude informático únicamente como un ilícito patrimonial, contra el patrimonio individual. Por su parte GUTIÉRREZ FRANCÉS¹²⁷ considera que algunas modalidades de fraudes informáticos no atentan de forma prioritaria contra el patrimonio individual, siendo preciso diferenciar y distinguirlos a fin de adecuar su catalogación o no en las figuras delictivas existentes, y que el molde adecuado para tales fraudes informáticos de contenido patrimonial «debiera» ser la figura de la estafa.

Consecuencia natural de todo lo expuesto es la postura adoptada por la doctrina y la jurisprudencia¹²⁸ de no atribuir a este tipo de ilícitos una naturaleza jurídica autónoma, sustantiva e independiente de las tradicionales de protección de bienes jurídicos ya establecidos y reconocidos por el mero hecho de estar vinculada a la informática su actividad comisiva.

En definitiva, la conceptualización del fraude informático, sea como figura penal sustantiva, sea como entidad meramente funcional y criminológica, ha sido la de un ilícito defraudatorio común, de naturaleza económico-patrimonial, caracterizado por su comisión a través de medios informáticos, y la búsqueda doctrinal y legislativa de una adecuada respuesta legal en el ámbito penal, como veremos, ha venido orientada fundamentalmente en torno a la protección de los bienes jurídicos tradicionales y la integración expresa de elementos informáticos (como los medios comisivos o el objeto inmaterial o intangible sobre el que recae la acción) en sus figuras delictuales, pero siguiendo una estructura tradicional. Y esta configuración y conceptualización debe ser modificada en aras, por un lado, del propio reconocimiento de la diversidad de bienes e intereses jurídicos tradicionales que pueden verse afectados por la figura del fraude informático; y por otro lado, en el reconocimiento del valor específico y entidad propia suficiente que tienen los nuevos bienes jurídicos informáticos como para merecer una pro-

¹²⁷ GUTIÉRREZ FRANCÉS: «Fraude Informático...», cit., pág. 337.

¹²⁸ Ver Capítulo VI ut infra.

tección preeminente y una naturaleza jurídico penal propia, en la que es posible la concurrencia de otros intereses jurídicos clásicos protegidos por el ordenamiento penal, y su configuración como un ilícito pluriofensivo.

Por ello, adelanto, creo necesario abandonar el término de fraude informático para la denominación de este ilícito, y su sustitución por el de «acciones informáticas defraudatorias», lo cual tiene su base además en la diversidad de modalidades de comportamientos ilícitos que agrupa.

IV.2.2. SUPUESTOS TRADICIONALES DE FRAUDE INFORMÁTICO EN EL ÁMBITO PATRIMONIAL

Desde las perspectivas tradicionales expuestas, y dejando de lado las actividades defraudatorias por medios informáticos afectantes a otros intereses, incluso económicos no estrictamente patrimoniales, se han venido diferenciando los siguientes grupos de modalidades dentro del fraude informático en el ámbito patrimonial estrictu sensu, atendiendo al objeto sobre el que recaían:

1.- **Manipulaciones informáticas directas:** como conductas clásicas y predominantes se han venido indicando las manipulaciones en la llevanza, tratamiento o procesamiento informático de operaciones mercantiles, facturas, pago de sueldos o salarios de empresas, de cuentas y anotaciones bancarias, así como en asientos contables, balances o incluso inventarios.

Las principales víctimas de tales actuaciones han venido siendo las entidades bancarias y de crédito y las grandes empresas, tanto en las propias terminales o en sus propios sistemas internos, como, ya en la década de los 90, desde puntos externos a dichos sistemas a través de las redes informáticas y telemáticas. Así en el primer grupo tenemos desde el famoso caso de 1974 que afectó al Banco Alemán Herstatt, y en cuyos balances resultaron totalizadas unas manipulaciones de alrededor de mil millones de marcos alemanes¹²⁹, pasando por la manipulación

¹²⁹ Recogido por SIEBER, U.: «Computerkriminalität und Strafrecht», 2. ed. 1980, págs. 61 y ss., así como en «Criminalidad informática: Peligro y prevención», en MIR PUIG:

de las cuentas del balance del Banco Japonés Sanwa en 1981, en el que mediante la entrada por terminal en una cuenta del banco el autor introdujo un depósito ficticio de 1.800 millones de yens, extrayendo a continuación 50 millones de yens en efectivo y en cheques por un montante de 80 millones de yens desde una sucursal del banco afectado ¹³⁰, hasta los más significativos casos españoles llegados a los Tribunales, como el que fue objeto de la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 1991 (R.J.A. 6388/91, Ponente D. Joaquín Delgado García), y que hemos analizado con anterioridad ¹³¹, en el que el encargado de la contabilidad de una empresa al sumar los albaranes que diariamente recibía junto con el dinero correspondiente de cada una de las cuatro sucursales de tal entidad mercantil, deliberadamente

«Delincuencia Informática», cit., págs. 19 y 20, en donde se recoge que «las cantidades totales del comercio de divisas y dinero del Banco de Herstatt se registraban con la máquina de escribir de la consola de un mini-ordenador y a continuación se transferían al ordenador central del Banco. Con el fin de encubrir determinados negocios de especulación de divisas, los trabajadores del Banco consiguieron, oprimiendo la denominada «tecla de interrupción» situada en la consola del mini-ordenador, que los datos de determinados negocios de divisas no se transfirieran al ordenador central. Con el mini-ordenador pudieron elaborar los correspondientes justificantes para los contrayentes del negocio, sin que éstos, sin embargo, se registraran conforme al asiento en el ordenador central del Banco. Mediante este procedimiento se ocultaron las pérdidas y se pudo mantener óptimamente bajo el volumen total de las operaciones a plazo. En total dejaron de contabilizarse, o bien no se contabilizaron correctamente, cantidades de varios miles de millones de dólares USA».

Se añade además que «especialmente interesante en este caso fue el hecho de que los autores consiguieron evitar una medida de seguridad prevista técnicamente en el programa: Con el fin de evitar manipulaciones en el programa del miniordenador se había previsto que en el momento en que se apretara la «tecla interruptor» la palabra «interrupción» se imprimiría en el formulario de liquidación elaborado por el ordenador. Los autores evitaron este aviso de error, que hubiese podido conducir al descubrimiento de la manipulación, extrayendo el formulario de la liquidación una vez terminado, pero antes de apretar la tecla de interrupción, de forma que la palabra «interrupción» no quedó impresa en el formulario sino en el rodillo vacío.

¹³⁰ Caso recogido por Yamaguchi, en SIEBER: «Information Technology...», cit., pág. 307.

¹³¹ Ver Apartado III.5.4.5 ut supra.

hacía constar en las hojas de caja que cada día tenía que confeccionar para pasarlas a un ordenador en donde se llevaba la contabilidad oficial, una cantidad inferior a la verdadera suma total, quedándose para sí con la diferencia; o el caso tratado en la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1991 (R.J.A. 2813/91, Ponente D. Francisco Soto Nieto), referente al apoderado de una entidad bancaria que, mediante alteraciones contables a través del ordenador, consiguió la transferencia y apropiación de determinadas sumas de dinero de clientes de la entidad, y que analizaremos con posterioridad ¹³².

Las conexiones de ordenadores a las redes internacionales de telecomunicación facilitaron aún más las posibilidades de cometer éstas manipulaciones informáticas desde fuera de las empresas víctimas del ataque. Como supuesto de manipulaciones desde el exterior del propio sistema informático a través de redes informáticas o de transferencia de datos, ya conocidos algunos casos en EE.UU. durante los años setenta, es significativo un caso de 1994 en el que un grupo de delincuentes rusos, operando desde San Petersburgo, logró acceder al sistema informático de un Banco Norteamericano y efectuar una transferencia a su favor de cerca de diez millones de dólares ¹³³. Hoy la mayoría de las grandes empresas, y en progresivo mayor número las medianas y pequeñas empresas, están conectadas a Internet y a otras redes informáticas, e Internet se usa cada vez más para cometer manipulaciones online. Frecuentemente, los autores se aprovechan de las insuficientes medidas de seguridad en los sistemas informáticos o de la inexperiencia de los administradores de sistemas de redes corporativas. Es más, la falta de experiencia técnica está extendida entre el número creciente de usuarios particulares individuales que sólo han empezado recientemente a usar la comunicación online.

Significativo es el dato, del que se han hecho eco los medios de comunicación social, del alto grado de inmigración desde los países del este europeo de expertos en informática y alta tecnología que se está

¹³² Ver Apartado VII.1.1.3 ut infra.

¹³³ SIEBER: «Legal Aspects...», cit., pág 50.

produciendo en los últimos años en los países de la Unión Europea, sobre todo en Alemania, ante la creciente necesidad de las empresas de contar con técnicos y expertos en estos campos, y que ha llevado incluso, tal y como han recogido algunas publicaciones, a ciertas propuestas de partidos políticos de limitación de este tipo de inmigración, no obstante muy criticadas por sectores políticos opuestos o incluso representantes de sectores ciudadanos y religiosos ¹³⁴.

La problemática jurídico penal, como veremos, se ha centrado en determinar si, siendo comportamientos defraudatorios, podían subsumirse o no en las figuras tradicionales de la estafa (al no existir un engaño sobre una persona física) o de apoderamiento (al no ser objeto de la acción un bien mueble y no ser estrictamente un acto de «apoderamiento»).

2.- Un segundo grupo de fraudes informáticos lo han venido constituyendo los **abusos de tarjetas magnéticas de crédito y de débito, y otros medios similares de pago**, que en gran número se han agregado al total de las manipulaciones desde finales de los años ochenta. Aunque estos abusos a menudo sólo conducen a pequeñas cuantías de perjuicio económico real ¹³⁵, las estadísticas indican que el mal uso de tarjetas supera el número de manipulaciones clásicas con creces y constituyen los casos más frecuentes de delito informático ¹³⁶.

¹³⁴ Así La Vanguardia, jueves 31 de marzo del 2000, sociedad, pág. 35.

¹³⁵ En contra de tal creencia generalizada es significativo un caso húngaro recogido por Kertész y Pustazai en SIEBER: «Information Technology...», cit. págs. 251 y ss., debido a la elevada cuantía del perjuicio económico, pues los autores en un mes, con la copia ilícita de una sola tarjeta realizaron 1.583 extracciones en cajeros automáticos de la cantidad máxima autorizada, de aproximadamente 35.000 pesetas al cambio, lo que supuso un perjuicio económico total de cerca de 59.000.000 de pesetas.

¹³⁶ En Alemania, ya en 1993 el número de usos ilícitos de tarjetas fue cinco veces mayor que el número de manipulaciones tradicionales, y tales abusos de tarjetas suponían más de dos tercios de los delitos vinculados a la informática; y en Japón, en 1990, habían sido ya contabilizados 1.081 casos de abusos con tarjetas, comparado con sólo 77 casos de otros delitos informáticos, tal y como se recoge por la Agencia Federal criminal Alemana en sus Estadísticas Policiales Criminales de 1993, 1994, tabla apéndice 01, hoja 10, figura clave 5163 y 5175, y *Möhrenschlager*, así como por *Yamaguchi*, respectivamente en SIEBER: «Information Technology...», cit., págs. 200 y ss., y 305 y ss.

La protección de las respectivas tarjetas —sobre todo a través de la tecnología del procesador o chip— ha ganado más importancia en particular debido a la introducción de los sistemas de «puntos de venta», siendo importante la adopción de métodos adecuados de protección, sobre todo teniendo presente que la mayor parte de los «clásicos delitos con tarjeta de crédito» son cometidos principalmente por grupos organizados de delincuentes.

Las formas de cometer abusos con las tarjetas de crédito y débito se extienden desde el uso simple de tarjetas robadas, pasando por la manipulación de las mismas con la ayuda de ordenadores, hasta la fabricación independiente de copias de tarjetas auténticas. Aparte de estas tarjetas, se manipulan otras tarjetas magnéticas, como las tarjetas telefónicas o las tarjetas para apuestas hípcas ¹³⁷.

Los autores consiguen a menudo el código PIN necesario para el uso de las tarjetas mediante el truco de la llamada telefónica falsa, preparando (y manipulando) el teclado, usando un teclado falso o incluso interviniendo las líneas de telecomunicación de datos.

Las manipulaciones de tarjetas telefónicas para teléfonos públicos pueden efectuarse fácilmente en países, como España donde sólo se usan sistemas de banda magnética. En otros países, como por ejemplo en Alemania, las compañías del teléfono usan tarjetas telefónicas con chips integrados las cuales están especialmente protegidas contra la «recarga» por protecciones de hardware. Sin embargo, como recoge SIEBER ¹³⁸, unos jóvenes alemanes ya tuvieron éxito en 1994 para copiar estas tarjetas telefónicas: descodificaron las señales de las tarjetas usando cables de adaptador y ordenadores pequeños con los que entonces simularon las señales de sus propias «inteligentes» tarjetas, pudiendo ser usadas de forma permanente.

Si bien respecto a los comportamientos en el uso abusivo de tales tarjetas magnéticas cuando existía una persona que la recibía (el empleado o propietario del comercio o establecimiento) o controlaba su

¹³⁷ Yamaguchi, en SIEBER: «Information Technology...», cit., pág. 307.

¹³⁸ SIEBER: «Legal Aspects...», cit., pág. 52, como la primera «copia» exitosa de una tarjeta telefónica con chip recargable integrado de la que se tiene noticia.

uso (el conductor del autobús) no ha habido discusión en cuanto a su adecuada naturaleza defraudatoria y su subsunción en la figura clásica de la estafa, la dificultad ha venido surgiendo en cuanto no existía o no se encontraba presente un sujeto pasivo físico, como los supuestos de operaciones en cajeros automáticos, en expendedores automáticos, en canceladores automáticos, o en puntos de venta de comercio electrónico.

3.- Un tercer grupo de actuaciones defraudatorias en el ámbito económico viene constituido por el **abuso de la red telefónica y de telecomunicaciones**, campo en el que han surgido en los años recientes considerables cambios cualitativos, y también evolucionando hacia su plasmación como «delito en masa»; En los años sesenta, los autores solamente buscaban evitar los desembolsos de sus propias llamadas telefónicas. Desde finales de los años ochenta, las técnicas originalmente desarrolladas por «hackers» jóvenes fueron usadas también a través de «empresas» que —desde apartamentos frecuentemente cambiantes o con la ayuda de teléfonos móviles— ofrecían conversaciones sobre todo en telecomunicaciones intercontinentales. En los años noventa, fueron posibles y detectadas manipulaciones financieras produciendo la transferencia de dinero a través compañías telefónicas cuando la red telefónica estaba insuficientemente protegida (puesto que no se había desarrollado con este propósito) y se usaba de modo descuidado o incauto para efectuar el pago de servicios ¹³⁹.

¹³⁹ La clásica, y así denominada, «blue box» o caja azul ya se desarrolló en los años sesenta y se basa en el hecho que en la red telefónica analógica tradicional, los tonos de control para establecer una conexión se transmiten a través de la misma línea que la información y por tanto pueden manipularse con la ayuda de la denominada «caja azul». Usando un número del teléfono libre de cargo (en Alemania un 0130-número o en España un número 900), v.g., se llama a un operador de una compañía de teléfono americana. Cuando la conversación se termina con la ayuda de un «tono de interrupción», la línea libre es mantenida con la ayuda de un «tono de cogida». Después de introducir ciertos impulsos de control, es posible marcar el número deseado en el EE.UU. libre de cargo. Sin embargo, debido a los frecuentemente instalados bloqueadores, denominados «blockers», la técnica de la caja azul ahora sólo trabaja de un modo limitado, es decir sólo en las telecomunicaciones entre ciertos países.

Hoy se usan principalmente técnicas de manipulación con las que se permiten llamadas telefónicas a expensas de otros usuarios de la red. Esto es posible mediante la intervención en sistemas de mensajes de voz inadecuadamente protegidos, en donde se aprovechan de las funciones de marcado directo. Otra forma de manipulación extendida es el comercio con números de «tarjeta prepago» extranjeros que, ej., son vendidos por empleados de las compañías telefónicas que los obtuvieron con la ayuda del truco de las llamadas telefónicas a los poseedores de la tarjeta. Éstos números de la tarjeta de llamada son interceptadas introduciéndose en un ordenador u obtenidas escuchando las llamadas telefónicas de forma subrepticia. Algunas de las llamadas telefónicas se llevan a cabo a expensas de otros usuarios con la ayuda de walkie-talkies modificados, radioteléfonos portátiles o aparatos caseros.

Ante la experiencia de estas formas de abuso, se podía prever que el uso de la red telefónica para el pago de servicios tenía que llevar a una nueva ola de manipulaciones en los años noventa. En Alemania, sobre todo el «los teléfonos del sexo» y «las líneas party» fueron usadas para este propósito, a las cuales puede llamarse con el prefijo 0190, y en España con el prefijo 906 ¹⁴⁰.

¹⁴⁰ Recoge SIEBER que de cada 1.15 marco por minuto que debía ser pagado a Deutsche Telekom, ésta se queda con el 52% mientras que el 48 % va a los proveedores de los servicios (donde se divide el porcentaje entre el proveedor del servicio y el proveedor del contenido); para números extranjeros, el rendimiento por minuto es superior a los 3 marcos. Los autores montan, en parte con la ayuda de agencias especializadas, los correspondientes números de servicio los cual fueron entonces llamados a expensas de la Deutsche Telekom y de algunos clientes por jóvenes hackers telefónicos quienes compartieron las ganancias. Para hacer esto, ellos usaron el completo surtido de posibilidades de mal uso descritos anteriormente. Además, Deutsche Telekom tuvo un daño peor cuando oficinas enteras privadas fueron alquiladas para el propósito exclusivo de llamadas a números de servicios con cargo durante un período de dos meses con la ayuda de numerosas (en un caso particular superior a 400) conexiones telefónicas y por usar ordenadores telefónicos antes de que la Deutsche Telekom reclamara las facturas resultantes. Empleados de la Deutsche Telekom también mal emplearon conexiones de teléfono que todavía no se habían dado a clientes por cambiar el contador. Además, clientes de la Deutsche Telekom también fueron cobrados cuando los llamados «dialers» (i.e. máquinas electrónicas de sintonización, del tamaño de una caja de cigarrillo y distri-

El caso más espectacular ocurrido en España de manipulación a través de la red telefónica de un sistema informático, concretamente para acceder a Internet a costa de un tercero, es el caso ya expuesto con anterioridad ¹⁴¹ descubierto en 1999 por el Grupo de Delincuencia Informática y Alta Tecnología de la Guardia Civil, conocido como «Operación Milenium», y en el que el perjuicio económico por sobrefacturación en su línea telefónica 900, para alguna de las empresas víctimas de los defraudadores, se ha llegado a estimar entre los 15 y 20 millones de pesetas.

Pues bien, respecto a estos últimos comportamientos, claramente defraudatorios, las figuras clásicas no sirven, ni tan siquiera las nuevas relativas al fraude informático elaboradas desde la perspectiva tradicio-

buida por 150 DM) fueron arbitrariamente conectadas a algunas cajas de interconexión, centrales locales o líneas telefónicas, las cuales llamaron a números preprogramados especialmente por la noche y a expensas de la conexión de teléfono afectado.

Las primeras encuestas más amplias de malos usos de teléfono fueron llevadas a cabo en Alemania en Marzo de 1994, cuando los apartamentos de 60 sospechosos fueron registrados en nueve regiones Alemanas al mismo tiempo y cuatro personas fueron arrestadas. En Diciembre de 1994 y en Enero de 1995 más búsquedas fueron llevadas a cabo a solicitud de la oficina del Fiscal de Colonia (entre otras fue registrada la oficina principal de la Deutsche Telekom en Bonn) y algunos arrestos por manipulación financiera en el campo de números de servicio. Dos empleados de la Deutsche Telekom fueron arrestados por ser sospechosos de colaborar con grupos criminales organizados extranjeros. Se estima que más del 80% de las desviaciones de todos los teléfonos del sexo resultaron a causa de tales manipulaciones. Según su propio informe algunos jóvenes obtuvieron comisiones mensuales de más de 100.000 marcos alemanes. El daño total para la Deutsche Telekom y sus clientes perjudicados fue estimado en más de 100 millones de marcos alemanes, durante el ejercicio de 1994. SIEBER: «Computer Crime...», cit., pág. 4, en cita a «DIE WELT» de 19 de Marzo de 1994, pág. 12., así como «Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ)» núm.. 289 del 13 de Diciembre de 1994, pág. 22 y núm.. 5 del 6 de Enero de 1995, pag. 4; «Focus» núm.. 50 del 12 de Diciembre de 1994, págs. 244 y ss. Indica dicho autor que la German Telekom reaccionó ante estos casos con medidas de seguridad públicas de las cuales las partes esenciales son facturaciones individuales, informes especiales de aviso en caso de un incremento de los costes del teléfono y la creación de un centro para seguridad de la red en Darmstadt, en cita a «Computer Zeitung», núm.. 3 del 19 de Enero de 1995, pág. 6.

¹⁴¹ Ver Subsección III.4.8. ut supra.

nal, habiendo sido objeto de sanción, en caso de no proceder a su impunidad penal, por vía de aplicación de otras modalidades de delitos informáticos, obviando el elemento precisamente configurador de este ilícito cual es el ánimo defraudatorio.

4.- A estos clásicos grupos de modalidades del fraude informático, el cada vez más extendido uso de Internet no sólo ha abierto una puerta más a la realización de **manipulaciones telemáticas**, creando además una serie de nuevos métodos de fraude al usuario y consumidor en general, como mediante anuncios falsos, o incluso páginas web simuladas (el denominado «web spoofing»). Este método consiste sucintamente en la simulación de una página web ya existente, normalmente de una entidad bancaria o financiera, que aprovechando la falta de conocimientos del usuario que pretende contactar con el servidor de ésta, las deficiencias de programación del equipo o sistema informático que de forma automática efectúa el contacto y va a materializar la operación, o la ausencia de medidas de seguridad para garantizar la autenticidad de la web¹⁴², «cae» en el servidor falso y le facilita sus datos bancarios o información de contenido económico patrimonial, lo que le va a permitir al delincuente informático el aprovecharse de tal información para efectuar en su beneficio y en perjuicio de aquél transacciones, pagos, transferencias electrónicas de fondos o cualquier otro tipo de operación bancaria o mercantil. Y estos comportamientos, eminentemente defraudatorios, tienen un muy difícil encaje en las figuras penales de tal naturaleza ya existentes en nuestro ordenamiento jurídico, tanto de la estafa como la relativa al fraude informático.

Lo más destacable, se reitera, es que en las conceptualizaciones y clasificaciones formuladas, como ya hemos expuesto respecto a la globalidad de los ilícitos informáticos en el ámbito económico, se han efectuado desde la perspectiva del derecho penal económico al que se le ha añ-

¹⁴² Como por ejemplo la no utilización del protocolo SSL, con 128 bits, en las conexiones con servidores bancarios o lo que se denomina «banca virtual», y que garantiza que el cliente está comunicando sus datos al servidor de un banco y no a cualquier otro que intenta suplantar a éste, así como el adecuado cifrado de los datos para evitar su manipulación por terceros.

dido el término informático como calificativo, dándole un enfoque sustancial o funcional. Y el término de manipulaciones informáticas, ha quedado reducido en su conceptualización a la vía o medio comisivo utilizado para la realización de ataques a una gran variedad de bienes jurídicos, tradicionales o no.

Mas a mi entender, precisamente el fraude informático no puede ya ser analizado, ni doctrinal ni legalmente, desde estas perspectivas penales basadas única y exclusivamente en los intereses clásicos o tradicionales al que le es añadida su vinculación informática como mero medio comisivo, sino que precisamente desde la nueva configuración y delimitación como ilícito del riesgo informático y de la información, debe configurarse como un comportamiento informático al que la ilicitud penal le viene atribuida por suponer un grave atentado contra los nuevos bienes jurídicos informáticos y de la información, y su delimitación diferenciadora de los restantes delitos informáticos en la concurrencia del elemento específico del ánimo defraudatorio. Y en ello voy a entrar a continuación.

IV.2.3. EL FRAUDE INFORMÁTICO COMO DELITO DE RIESGO INFORMÁTICO Y DE LA INFORMACIÓN: LA ACCIÓN INFORMÁTICA DEFRAUDATORIA

Desde la nueva perspectiva de análisis no sólo de la delincuencia informática sino de los propios comportamientos que configuran los que hemos venido a denominar delitos de riesgo informático y de la información, y la necesidad de una nueva estructuración de las conductas delictuales, tradicionales o surgidas ex novo para responder desde el punto de vista punitivo a la grave puesta en peligro de los nuevos bienes jurídicos merecedores de protección penal (como los datos, los programas, la información en sí misma, y el interés colectivo en la seguridad y fiabilidad en su almacenamiento, tratamiento, procesamiento y transferencia en los sistemas y redes informáticos y telemáticos) a que dan lugar estas nuevas formas o modalidades de comisión delictiva, el fraude informático, aún reconociendo la diversidad de intereses de tipo económico que puede afectar, no puede ya ser conceptualizado desde el punto de vista sustantivo como únicamente un comportamiento defraudatorio criminal al que se le aune, como elemento meramente adjetivo, el calificativo de informático por el mero hecho de ser su vía o medio comisivo de tal índole, ni menos si además requerimos que debe

recaer la acción sobre un elemento informático intangible, sino que deben intercambiarse dichos términos o elementos configurativos. Es decir, no puede equipararse o considerarse ya el fraude informático como equivalente a cualquier defraudación por medios informáticos.

Las anteriores perspectivas en el análisis de estos comportamientos ilícitos deben ser sustituidas, delimitando y precisando nuevamente la configuración del fraude informático, a tenor de la nueva estructuración de los delitos informáticos como delitos del riesgo informático y de la información, que tienen atribuible una naturaleza jurídica especial y propia, unos bienes jurídicos protegidos específicos, una caracterización peculiar y común, y la entidad suficiente como para obtener un tratamiento autónomo e independiente, tanto doctrinal como legalmente.

Y por ello propugno ab initio la sustitución y abandono del término de fraude informático desde el punto de vista jurídico penal. Además, cuanto se ha fundamentado o argumentado en torno a la aceptación de tal término para la designación de los comportamientos informáticos de tipo defraudatorio, se ha basado principalmente en el reconocimiento y arraigo tradicional del término en la doctrina y jurisprudencia extranjera y el derecho comparado¹⁴³, a la par que se ha venido rechazando la utilización del término «estafa informática» como excesivamente restrictiva a tenor de la conceptualización que tiene en nuestro país la figura de la estafa¹⁴⁴. Y ello en sí determina una incongruencia conceptual, pues el término fraude se ha venido aceptando por mera traslación gramatical del término inglés fraud, el cual en lenguaje jurí-

¹⁴³ Así por ejemplo GUTIÉRREZ FRANCÉS: «Fraude informático...», cit., pág. 116; como en «Els fraus informatics en el nou Codi Penal», en «El Codi Penal de 1995: Part especial», *Studia Iurídica*, Vol. 13, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1997, pág. 212.

¹⁴⁴ Es casi unánimemente aceptado el tradicional concepto de estafa elaborado por ANTÓN ONECA de «conducta engañosa con ánimo de lucro, propio o ajeno que, determinando un error en una o varias personas, las induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero». (ANTÓN ONECA, J.: «Estafa», en la «Nueva Enciclopedia Jurídica» (NEJ), Tomo IX, Ed. Seix Barral, Barcelona, 1958, pág. 57).

dico anglosajón es utilizado para designar la figura tradicional de la estafa, pues otros términos equiparables al mismo no son utilizados más que de forma coloquial y no jurídico penal ¹⁴⁵. Por ello es más adecuado referirnos inicialmente a *una acción o comportamiento informático caracterizado por el carácter defraudatorio, tanto objetivamente por su medio comisivo, o sea subrepticio, como subjetivamente por su intención o finalidad, esto es ánimo de lucro ilícito en perjuicio de tercero*. Lo cual va a permitir no desvirtuar el concepto tradicional de la estafa cuando tratemos de la figura penal del art. 248.2 del Código Penal de 1995, pues, como sostiene SERRANO GÓMEZ ¹⁴⁶, en este delito no hay relación directa entre sujeto activo y pasivo ni se contempla «el engaño bastante para producir error en otro».

En consecuencia no cabe hablar de «*acción informática defraudatoria*» como cualquier ilícito económico vinculado a la informática, sino que es preciso concretarlo a aquellas acciones informáticas de carácter defraudatorio, en donde la sustantividad se centra en un comportamiento o una actividad informática, y a la que vamos a añadir el componente calificativo de defraudatorio.

En primer lugar, la conducta o acción informática o telemática no viene constituida por la mera utilización de un medio comisivo de tal carácter, sino que debe serlo de forma subrepticia en la conceptualización que formulo como de *manipulación informática, esto es una manipulación de la información informatizada o de su representación*, es decir, aquellos comportamientos o acciones en los que lo informático *no viene referido al medio comisivo, aunque normalmente así sea, sino que viene referido al objeto sobre el que recae la acción manipuladora, esto es sobre la información o los datos o los programas que la representan*.

Y en segundo lugar, no toda acción manipuladora informática (elemento objetivo y sustancial) se va a constituir en actual fraude informático por el mero hecho de realizarse con una intención o finalidad defraudatoria (elemento subjetivo o intencional), sino que para ser posible su apreciación como delito de riesgo informático y de la infor-

¹⁴⁵ Como los términos swindler, trick, racket, o ramp.

¹⁴⁶ SERRANO GÓMEZ: «Derecho Penal...», cit., pág. 369.

mación, será preciso que aquella suponga, además y primordialmente, la afectación o al menos una puesta en grave peligro de los nuevos bienes jurídicos informáticos y de la información (los datos, los programas, o la seguridad y fiabilidad colectiva en los sistemas y redes informáticos y telemáticos). Y ello nos permitirá atribuir una naturaleza jurídica común con el resto de los que hemos configurado como actuales delitos informáticos, además de propia, especial y autónoma respecto de otros supuestos delictivos tradicionales, y en los que la mera vinculación con elementos informáticos efectivamente no supone el desvirtuar su naturaleza jurídica.

En consecuencia, el fraude informático como delito de riesgo informático y de la información no puede conceptuarse ni caracterizarse como una mera defraudación informática o como una defraudación mediante ordenadores o computadoras, y ni mucho menos, con un sentido mucho más restrictivo como han sostenido algunos autores y veremos más adelante, al referirse al mismo utilizando el término de «estafa», pues si bien toda estafa es un engaño, no todo engaño es una estafa; ni todo fraude o acción defraudatoria es una estafa, si bien toda estafa es una conducta defraudatoria; ni, finalmente, toda manipulación informática defraudatoria será una estafa por medios informáticos.

En cuanto a la utilización del término «fraude» o «defraudación» para concretar estos ilícitos, prefiero este segundo término, además de por todo lo ya expuesto, al asimilarse el primero, con carácter restrictivo al término «engaño», y el segundo al más amplio de burlar, quebrantar, turbar o abusar de la confianza de otro, o con infidelidad hacia el mismo, para privarle de lo que le toca de derecho ¹⁴⁷.

Podemos consecuentemente basar la conceptualización de la manipulación informática defraudatoria en *todo comportamiento que suponga un ataque grave directo a la información en sí misma, o bien a los datos, programa*

¹⁴⁷ Y conforme asimismo la extensa argumentación que en su día fue efectuada por GUTIÉRREZ FRANCÉS: «Fraude informático...», cit., págs. 97 a 110, y 113 a 117. Como ya sostuvo dicha autora el fraude no existe en abstracto, no existe como categoría autónoma, sino que sólo existe como sinónimo de defraudación, no admitiéndose por lo demás un «fraude» como mera lesión de un hipotético derecho a la verdad, esto es, un «fraude sin adjetivar».

mas, sistemas o redes informáticos y de telecomunicaciones, en cuanto sea susceptible de afectar a la misma en relación a la seguridad, fiabilidad y pacífica utilización, desde un punto de vista social y colectivo, de tales medios y vías de representación, almacenamiento, tratamiento y transferencia de aquélla, realizado de forma subrepticia con ánimo de lucro.

Su delimitación diferenciadora de los restantes delitos del riesgo informático y de la información es precisamente la concurrencia de un específico ánimo defraudatorio. Mas, así entendida la nueva configuración penal sustantiva de la acción informática defraudatoria, deben quedar excluidos de la misma todos aquellos supuestos en los que existiendo una finalidad defraudatoria, y aún utilizándose medios informáticos, no resulta afectada gravemente la información, los datos o programas informáticos, su seguridad, fiabilidad o pacífica utilización de los medios y vías de representación, almacenamiento, tratamiento, procesamiento y transferencia de aquélla.

Por ello, el ámbito de incidencia de las manipulaciones informáticas defraudatorias si bien es fundamentalmente el ámbito económico, ni coincide con el amplio concepto de fraude informático en su equiparación a cualquier defraudación mediante ordenador, ni queda limitado al ámbito exclusivamente patrimonial, lo cual vendrá determinado en cuanto el ataque supone al menos el ser susceptible de causar un perjuicio patrimonial, en sentido estricto, de un tercero. Y en tales términos vamos a desarrollar a continuación la configuración de las manipulaciones informáticas defraudatorias a las que añadiremos el calificativo de patrimoniales, en referencia a la concreción al área patrimonial, en cuanto a la susceptibilidad de causación de un perjuicio patrimonial, que es como la mayoría de la doctrina, la jurisprudencia, y el legislador, tanto patrio como extranjero, han delimitado el campo de la figura del fraude informático, si bien, se reitera, desde una perspectiva del derecho penal clásico y de la protección de bienes jurídicos tradicionales, y no desde el nuevo enfoque que pretendo se le dé en su tratamiento penal sustantivo como delito de riesgo informático y de la información ¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Como así se refleja en los capítulos V, VI, VII y VIII ut infra.

IV.3

LAS MANIPULACIONES INFORMÁTICAS DEFRAUDATORIAS PATRIMONIALES

Las que ya en los años 80 se denominaban «manipulaciones del ordenador», venían referidas a las modificaciones del procesamiento de datos, practicadas con el fin de obtener un enriquecimiento personal, y los métodos a través de los cuales podían llevarse a cabo partían de una concepción del ordenador como sinónimo de «instalación electrónica de proceso de datos». Así SIEBER¹⁴⁹, diferenciaba aquellos métodos consistentes en afectar el procesamiento en la misma introducción de los datos que se tienen que procesar (el denominado input), la forma de proceso deseada a través del programa (acción de ataque lógico) o los recursos de consola complementarios (acción de ataque físico), o al obtenerse automáticamente el resultado del proceso (el denominado output).

Cierto es que las manipulaciones más frecuentes se siguen produciendo en la entrada de datos (o input). Normalmente consistirán en la introducción de datos falsos en el ordenador o sistema. Eran cometidas en un principio y con carácter general por técnicos encargados de introducir los datos en el ordenador, por operadores, y por técnicos en el tratamiento y comprobación de los datos que tienen que ser procesa-

¹⁴⁹ SIEBER: «Criminalidad informática: Peligro y prevención», en MIR PUIG: «Delincuencia...», cit., pág. 15.

dos ¹⁵⁰, aunque con posterioridad la práctica ha demostrado que en muchos casos estas manipulaciones cometidas en la entrada de datos pueden realizarse sin tener conocimientos específicos sobre el procesamiento de datos.

Tales acciones están favorecidas por la falta de una clara organización del sistema, de una ausencia de proceso de justificación de operaciones, y descontrol del sistema automatizado o no sometimiento al control de terceros, normalmente por razones de costo, si bien el riesgo de manipulación puede reducirse considerablemente, con un gasto relativamente pequeño, si con el propio sistema informático se practican controles de plausibilidad y de sumas totales que permiten advertir rápidamente cualquier anomalía significativa ¹⁵¹.

Las denominadas manipulaciones en el output o en la salida de datos vienen por la doctrina referidas a una alteración o falseamiento del resultado, inicialmente correcto, obtenido del ordenador, y que normalmente se trata de la modificación posterior en los listados elaborados por el proceso de datos, puesto que si se trataba de un cambio en datos que posteriormente tenían que ser procesados se consideraban como manipulaciones del input. Lo cierto es que estas acciones, en cuanto que no suponen una alteración definitiva y firme de los datos auténticos, únicamente pueden tener reflejo como modalidades comisivas en la actual figura de las manipulaciones informáticas defraudatorias pa-

¹⁵⁰ Así se puede deducir de la mayoría de casos españoles que han sido tratados por la jurisprudencia y que recojo en la Sección VII.1 ut infra.

¹⁵¹ Así por ejemplo, el caso clásico recogido por SIEBER: «Criminalidad informática...», en MIR PUIG: «Delincuencia...», cit., págs. 17 y 18. de un empleado que trabajaba en el centro de cálculo de uno de los bancos más importantes de Suiza, como operador y controlador de datos, que consiguió manipular el tráfico informatizado de transferencias internacionales, interceptando varias órdenes de transferencia dadas por sus coautores y multiplicando por mil cada una de las cantidades transferidas, logrando los que estaban encargados de recoger el dinero en Lugano y Davos recibir, por ejemplo, 100.000 francos suizos en lugar de los 100 que correspondían a los 98 marcos alemanes ingresados en Frankfurt, o bien 251.000 francos suizos en lugar de los 251 que correspondían a los 97 dólares USA ingresados en Nueva York; y en total los autores se enriquecieron mediante este sistema con unos 700.000 francos suizos.

trimoniales en cuanto su alteración ficticia sea transferida o transmitida a otros sistemas automatizados.

A diferencia de lo que sucede en las manipulaciones de datos y sobre todo en la entrada de los mismos, que en muchos casos pueden realizarse sin conocimientos de proceso de datos, el «modus operandi» de las manipulaciones de los programas es más específicamente informático y, sobre todo, mucho más difícil de descubrir. Estas manipulaciones se cometen tanto transformando los programas existentes de una empresa (especialmente, añadiendo rutinas del tipo «Caballo de Troya», que veremos más adelante, o usando versiones especiales de virus informáticos), como aplicando programas adicionales. Estos programas adicionales pueden tratarse de programas de utilidades tipo estándar, los cuales constituyen unas herramientas muy poderosas en situaciones de emergencia y, además, son capaces de eludir (bypass) la mayoría de medidas de seguridad (por ejemplo, la utilidad superzap, de gran difusión).

En definitiva, el autor modifica los programas de la empresa afectada o bien cambia, con la ayuda de programas que se ha hecho él mismo, los datos almacenados en el banco de datos. En estos casos es preciso un adecuado control de acceso, que imposibilite el acceso incontrolado a las bases de datos de la empresa. Mas ello, como ya puso de relieve SIEBER¹⁵² apenas puede realizarse, ya que la comprobación de un programa elaborado por otra persona supone un costo de trabajo muy elevado, y es difícil garantizar, sobre todo en relación con los conocidos programas de ayuda, un control de acceso al programa que sea seguro, pues las exigencias de flexibilidad y de seguridad del sistema de proceso de datos a menudo se excluyen mutuamente.

En cuanto a la alteración del orden lógico del procesamiento y transferencia de los datos o la información no sólo puede llevarse a cabo mediante manipulaciones directas de los datos o los programas, sino también manipulando los elementos de servicio o control mecánicos de la instalación del proceso de datos o de circuitos integrados del sistema de procesamiento y transferencia de la información; y, en especial, mediante las denominadas manipulaciones de la consola o teclado. El caso más espectacular de manipulación de la consola es el ya expuesto rela-

¹⁵² SIEBER: «Criminalidad...», cit., pág. 19.

tivo a la ocultación del negocio de especulación de divisas del Banco de Herstatt ¹⁵³ en el que el mal uso de la tecla de interrupción que se verificó en este caso subrayó la importancia y necesidad de una protocolarización, minuciosa y segura frente a posibles falsificaciones, del conjunto de actividades del sistema, en especial en relación con los programas de ayuda o utilidades, y, sobre todo, para situaciones en las que las medidas de seguridad adoptadas han sido desconectadas ¹⁵⁴.

Algunos autores aluden también a las denominadas manipulaciones en la realimentación. Así DAVARA RODRÍGUEZ ¹⁵⁵ alude, en referencia a las diferentes fases en las que la manipulación de datos puede tener lugar, además de en el almacenamiento, el procesamiento y la transmisión de los mismos, a la retroalimentación o «feedback», que conceptúa como la «parte del tratamiento de los datos en el ordenador asume, y aprovecha, los resultados de un proceso, como fuente de información para otro nuevo tratamiento»; es lo que se denomina también como «manipulación con el resultado intermedio».

Pero también se han venido considerando como modalidad de manipulación informática aquellos supuestos de alteración o falsificación de elementos informáticos, físicos o lógicos, previos y externos al propio sistema informático (como es el supuesto de alteración de tarjetas con bandas magnéticas o chips incorporados para su uso en cajeros automáticos o para el pago de bienes o servicios en cuanto no se operaba sobre una persona física como sujeto pasivo de la acción)

Identificada la figura tradicional del fraude informático, delimitada en su actual conceptualización e identificación a la figura de las «manipulaciones informáticas defraudatorias» como delito de riesgo informático y de la información en el ámbito económico, y configurándose la modalidad de las «manipulaciones informáticas defraudatorias patrimoniales», en base a una mera restricción del área de afectación, la patrimonial en sentido estricto dentro del ámbito económico, podemos establecer la siguiente configuración de sus términos:

¹⁵³ Ver Subsección IV.2.2. ut supra.

¹⁵⁴ Así, por ejemplo, en casos de perturbaciones electrónicas del sistema, las cuales pueden incluso haber sido causadas intencionalmente por el delincuente informático con esta finalidad.

¹⁵⁵ DAVARA RODRÍGUEZ: «Manual de...», cit., pág. 293.

1.- *Manipulación*: Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, consiste en la acción y efecto de manipular, esto es, en una primera acepción, «operar con las manos o con cualquier instrumento»; pero en una segunda acepción, que es la que nos interesa, en «intervenir con medios hábiles y a veces arteros (mañosos, astutos, en mal sentido) en la política, en la sociedad, en el mercado, etc., con frecuencia para servir los intereses propio o ajenos».

Por manipulación, desde el punto de vista jurídico, entiendo cualquier acción voluntaria de intervenir o afectar, de forma subrepticia, inautorizada y astuta, elementos o bienes tangibles o intangibles, afectando intereses objeto de protección jurídico penal. Y ello supone que el propio término presenta una configuración mixta y no meramente objetiva. Así, dentro de tal conceptualización cabrán las más diversas acciones objetivas de inserción, alteración, borrado, supresión, enmascaramiento o modificación, pudiendo ser los medios de materialización de la acción tanto lógicos como físicos (elemento objetivo). Y entiendo que una manipulación comporta una actividad, y por tanto, inicialmente, el que la acción no pueda llevarse a cabo ni mediante una omisión, ni mediante una comisión por omisión, a pesar de lo sostenido por algún autor, como DAVARA RODRÍGUEZ¹⁵⁶.

A su vez, el propio término lleva consigo la exigencia de cierto elemento subjetivo: su realización de forma astuta, artera, subrepticia, engañosa, o falsa. Ello implica el que la acción quede limitada a comportamientos intencionados, que en su pretendida configuración como tipo delictivo debe quedar delimitado como una conducta dolosa, impidiendo su comisión imprudente¹⁵⁷.

¹⁵⁶ DAVARA RODRÍGUEZ: «Manual de...», cit., pág. 293, en referencia a las que denomina «manipulaciones de datos» al sostener su posibilidad de realización «no incidiendo sobre ellos y dejándoles tal y como están pero utilizándolos para otras actividades que realicen distinto proceso y se logre con ello un beneficio injusto para el delincuente y un perjuicio determinado para un tercero».

¹⁵⁷ A similar conclusión llegaba GUTIÉRREZ FRANCÉS al afirmar que no cabe la comisión culposa del fraude informático, si bien dicha autora lo sostenía en base al elemento subjetivo concurrente en el término «fraude» o «defraudación» («Fraude Informático...», cit., pág. 103).

2.- *Informática*: que afecte a los datos, programas, o información contenidos en un sistema automatizado de almacenamiento, procesamiento, tratamiento o transferencia de ellos, o la injerencia o intervención en tales procesos. El término es una complementación no ya meramente calificativa, sino sustantiva del de manipulación, en cuanto que viene referido no tanto al propio medio comisivo como al objeto sobre el que recae la acción manipuladora; esto es no a la utilización de medios informáticos para manipular, sino que **la acción manipuladora se desarrolla sobre la información informatizada, los datos o los programas que la representan, o afecta las funciones propias de un sistema informático o telemático.**

Así entre las variadas y diversas categorías y clasificaciones de estos ilícitos que pueden hacerse, por razón del objeto concreto sobre el que recae la acción manipuladora se puede diferenciar:

* Las manipulaciones directas de datos: manipulación no autorizada de cualquier tipo o en cualquier forma, de los datos o informaciones contenidas en los archivos o soportes físicos informáticos ajenos cuando se persigue obtener un beneficio en perjuicio de otro.

* Las manipulaciones de programas: como hemos indicado, transformando los programas existentes de una empresa, usando versiones especiales de virus informáticos, o aplicando programas adicionales.

* Las manipulaciones directas de la información: creación de información simulada en el propio sistema informático o telemático: los datos son verdaderos pero simulan otros distintos dando lugar a confusión, cuales son los supuestos ya aludidos de webspooft, tanto de direcciones de Internet (IP spoofing) como de páginas web (web spoofing).

3.- *Defraudatoria*: Como ya apuntamos anteriormente el término «fraude» no existe en abstracto, sino como sinónimo de defraudación; desde el punto de vista del lenguaje jurídico, como ya sostuviera RODRÍGUEZ DEVESA¹⁵⁸, el fraude, al igual que la defraudación en cuyo

¹⁵⁸ RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: «Derecho Penal. Parte Especial», actualizada y puesta al día por SERRANO GÓMEZ, A., Editorial Dykinson, 18ª y última edición, Madrid, 1995, pág. 482.

fondo está siempre aquél, es un concepto muy extensivo, equivalente a engaño, a actitud contraria a la verdad o rectitud; y ese obrar contrario a la rectitud es lo que caracteriza a las defraudaciones o fraudes en sentido amplio, salvo en lo que se refiere a la noción más restringida empleada para la estafa. Pero mientras que el término fraude viene referido a esa forma determinada de obrar, el término defraudación viene referido al «perjuicio ocasionado o causado mediante fraude».

Pues bien, en la nueva configuración del ilícito como un delito de riesgo informático y de la información, y teniendo como elemento sustantivo primordial la actividad manipuladora, el término sustantivo fraude o defraudación referido como elemento objetivo al modo de obrar de forma astuta, artera, subrepticia, engañosa o falsa, o a la existencia de un resultado perjudicial efectivo ocasionado a tercero, resulta superfluo y reiterativo, por lo que debe transformarse en un mero término calificativo o complementario de la actividad ilícita informática, lo que supone, naturalmente, eliminar de tales comportamientos actos que constituyan acciones de apoderamiento. Pero es que además, no resulta precisa ni la existencia de un estricto «engaño», ni la concurrencia de un sujeto pasivo físico determinado sobre el que recaiga, y que le determina en realizar a su vez un acto perjudicial para sí mismo o un tercero. Basta con que la actividad manipuladora de datos, programas, de la información, o de las funciones de los sistemas informáticos o telemáticos, constituyendo un grave riesgo para la seguridad, integridad y fiabilidad colectiva en los mismos, sea susceptible de causar un perjuicio económico.

No debe por tanto atenerse prioritariamente a la configuración tradicional de la defraudación, como la causación efectiva de un perjuicio económico, que no necesariamente individual en sentido microsociedad individualista, irrogado mediante un comportamiento astuto, subrepticio o engañoso que constituye el medio fraudulento, que en este caso sería la propia manipulación informática¹⁵⁹, sino aten-

¹⁵⁹ Como por ejemplo sostenía GUTIÉRREZ FRANCÉS: «Fraude informático...», cit., pág. 112.

diendo fundamentalmente al «deseo del autor de obtener beneficios a costa de la víctima»¹⁶⁰.

Una manipulación informática tendrá consecuentemente la caracterización de defraudatoria en cuanto la motivación existente en el sujeto activo para desarrollar su acción, la intención subyacente que guía su actividad criminal, sea el propósito de enriquecerse ilícitamente a costa del perjuicio ajeno: un ánimo de lucro; mas no meramente genérico o jurídico, como hemos establecido respecto a la globalidad de los delitos de Riesgo Informático y de la Información, sino específicamente económico. De tal forma que el calificativo jurídico de «defraudatoria» referido a la manipulación informática viene referido casi exclusivamente a una determinada intención en el específico modo de obrar artero o subrepticio de la manipulación informática, al **animus decipiendi** o **consilium fraudis**, o ánimo redoblado de perjudicar a otro en provecho propio, y que no sólo ratifica la imposibilidad de la comisión imprudente, sino que se configura como un elemento específico subjetivo del injusto.

4.- *Patrimonial*: Que afecta al patrimonio ajeno, de un tercero. Se constituye tal término en una delimitación restrictiva del ámbito de afectación o de incidencia de la manipulación informática al área económico patrimonial individual, en su sentido microsocio individualista. Ahora bien no por ello deja de ser todavía excesivamente genérico el término pues, como sostiene SERRANO GÓMEZ¹⁶¹, no siendo pacífico el concepto de patrimonio, sino pudiendo ser diversos los tipos de patrimonio, lo podemos conceptualizar, como efectúa dicho autor siguiendo a LASARTE ÁLVAREZ¹⁶², como «el conjunto de bienes y derechos de una persona o, sencillamente, el conjunto de derechos de los que es titular una persona».

¹⁶⁰ SERRANO GÓMEZ, en referencia a la defraudación /fraude /estafa significa que «el deseo del autor de obtener beneficios a costa de la víctima, mediante engaño, utilizando los más diversos procedimientos, incluidos contratos civiles o mercantiles, se presta a las mayores y más diversas manipulaciones». («Derecho Penal...», cit., pág. 368).

¹⁶¹ SERRANO GÓMEZ: «Derecho Penal...», cit., pág. 316.

¹⁶² LASARTE ÁLVAREZ, C.: «Principios de derecho Civil», Tomo I, Madrid, 1992, pág. 415.

Sirva como ejemplo el método denominado Troyan Horse o Caballo de Troya, a medio camino entre el virus informático y el gusano informático. Como se recoge en las publicaciones especializadas ¹⁶⁴ los primeros Caballos de Troya o «troyanos» eran vendidos o suministrados, básicamente, como utilidades del sistema o pequeñas herramientas para piratear aplicaciones comerciales o sabotear equipos o sistemas informáticos; una vez que el usuario víctima los ejecutaba, sus funciones se activaban automáticamente de forma inmediata procediendo, por ejemplo, al formateo del disco duro eliminando consecuentemente todos los datos del sistema o programa atacado. Sin embargo los troyanos de nueva generación que se «mueven» por Internet pueden o bien aparentar ser programas normales mientras llevan a cabo su actividad real subrepticamente y sin que se percate inicialmente el usuario atacado, o bien aquellos que, prometiendo algún tipo de utilidad, simulan un error del sistema para disuadir al usuario, pero ya se han instalado en su ordenador o sistema informático. Estos nuevos troyanos pueden además realizar una multiplicidad de funciones, así copiar las contraseñas del sistema objeto de ataque, enviar y recibir archivos, enumerar las aplicaciones en actividad, ejecutar o borrar programas, volcar a un fichero los contenidos de la pantalla o las pulsaciones de teclas del usuario víctima, mostrar cuadros de diálogo con cualquier texto, o la conexión a Internet. Pero lo que es más importante, es que tales acciones pueden ya efectuarse por control remoto ¹⁶⁵, pues estas aplicaciones actualmente constan de dos módulos: el programa base o «esclavo», que se instala en los ordenadores afectados y actúa como «puerta trasera» para per-

¹⁶⁴ Así en la colección de fichas sobre Internet («Todas las claves para navegar»), publicada como suplemento de El País; Sección Ayuda, ficha 115, de 1 de marzo del 2000.

¹⁶⁵ El origen de esta nueva etapa tiene como punto de partida la aparición de NetBus, un programa diseñado, en principio, para administradores de red, que una vez instalado en un ordenador conectado a Internet permite el acceso remoto de su titular a todo el sistema; después fue utilizado para acceder a datos de usuarios de Internet sin su conocimiento, y finalmente utilizado como base para la creación de nuevas utilidades específicas para este tipo de ataques, como los populares Back Orifice, SubSeven o DeepThroat.

mitir el acceso al autor en el ordenador o sistema afectado; y el programa denominado «maestro» que, mediante una sencilla interfaz gráfica, permite al atacante enviar órdenes a los módulos esclavos ¹⁶⁶.

Esta evolución en los métodos clásicos demuestra que los conceptos de virus, gusanos y otros medios técnicos de ataques informáticos no quedan reducidos al ámbito del sabotaje informático, sino que son utilizados también para la comisión de otros ilícitos informáticos como el espionaje informático o la defraudación informática.

A los clásicos ámbitos de afectación o incidencia patrimonial de las manipulaciones informáticas defraudatorias ya señaladas de llevanza por medios informáticos de contabilidades, operaciones bancarias, cuentas, pagos mercantiles o personales, y recientemente operaciones de comercio electrónico a través de las redes telemáticas, como Internet, también pueden incidir en el campo de las tarjetas magnéticas.

Por un lado respecto a las tarjetas de crédito y débito, y en dos concretos aspectos:

- a) operaciones en cajeros automáticos
- b) uso de las mismas como medios de pago de bienes y servicios en el comercio electrónico.

En el ámbito de los cajeros automáticos existen, también, métodos especiales de manipulación, que van desde trucos sencillos hasta complicadas y sofisticadas falsificaciones de tarjetas magnéticas.

Así SIEBER ¹⁶⁷ recoge un método clásico que era muy usual en los años 80, y sencillo de manipulación en casos de medidas técnicas de seguridad insuficientes, y es que los delincuentes, disfrazados de reparadores de máquinas de cajeros automáticos, aguardan hasta que el cliente activa la máquina insertando su tarjeta y dado su número secreto de identificación personal; en este momento, intervienen e informan al

¹⁶⁶ Los módulos esclavos interpretan y obedecen las órdenes comunicadas por los módulos maestros, que suelen utilizar puertos de conexión poco comunes, como el 31337, que facilita al atacante la búsqueda de ordenadores afectados dentro de un proveedor de acceso a Internet determinado, o el acceso inmediato a ordenadores o sistemas afectados cuyos usuarios que se encuentran conectados en ese momento (on-line).

¹⁶⁷ SIEBER: «Documentación para...», cit., pág. 70.

cliente de que la máquina no funciona correctamente, y recomiendan el uso de otra, y cuando el cliente se ha marchado, los autores van a la primera máquina, que está todavía activada, y extraen la mayor cantidad de dinero posible. Este método ha sido abandonado al requerirse en los cajeros automáticos que la tarjeta continúe inserta para seguir con la operación.

Otras técnicas más sofisticadas de *modus operandi* se aprovechaban del hecho de que los registros magnéticos, en la mayoría de tarjetas de cajeros automáticos, podían copiarse y cambiarse ¹⁶⁸. Y así desde la previa obtención de la tarjeta, o incluso una libreta o cartilla de ahorro, hasta la obtención de los registros magnéticos de las grabaciones y la copia del contenido de la banda magnética en otra, bien mediante su recreación en un soporte magnético cualquiera (como un trozo de cinta de video virgen) adherido a un soporte material plástico o de cartón simulador de aquellas ¹⁶⁹.

Por otro lado, también pueden afectar a otro tipo de tarjetas de pago con elementos informáticos incorporados (telefónicas, de pago automático de peajes en viales, de dispensadores automáticos, de puntos de venta electrónicos, etc...).

Lo cierto es que cada vez es mayor la variedad de métodos para la obtención de los registros magnéticos de tarjetas de crédito y de débito, y que no se limitan a ellas en cuanto a su operación en cajeros automáticos, sino también de pago (como por ejemplo las tarjetas de autobús o metro), o de prepago (como las tarjetas telefónicas), y también se usan métodos específicos de manipulación en las operaciones con dispensadores automáticos de alta eficacia o los llamados puntos de venta de comercio electrónico, los cuales están equipados con sensores capaces de leer e identificar papel moneda, tarjetas de crédito o de débito, o cualesquiera otros medios de pago electrónico.

¹⁶⁸ No obstante desde hace unos años las nuevas tarjetas de débito para operar en cajeros automáticos suelen contener unas marcas o códigos especiales de protección que impiden la copia de la tarjeta, aunque no la totalidad de las que existen en el mercado.

¹⁶⁹ Como se ha dado en algún caso recogido por la jurisprudencia española, ver Sección VII.1 *ut infra*.

Mas hay que tener en cuenta que actualmente ya se está descifrando el algoritmo (DNS) del código común (pool code), con el cual los números del código se pueden analizar a partir de la información almacenada en tarjetas, y también se están desarrollando técnicas que aprehenden y analizan la radiación de cajeros automáticos, así como unas hojas transparentes especiales, que pueden ponerse encima del teclado con la finalidad de registrar electrónicamente el código. Y en el ámbito «hacker» ya se están analizando métodos de quebranto y superación de los nuevos sistemas de protección o seguridad se están adoptando, como la utilización del iris ocular para la identificación del usuario en cajeros automáticos, o el uso de la firma electrónica para la identificación y acreditación de la personalidad de los contratantes o clientes en operaciones de comercio electrónico.

Consecuencia de todo lo expuesto es que las manipulaciones informáticas defraudatorias patrimoniales, en su caracterización como figura delictiva, se aproxima muy claramente a la figura del «fraude informático» en sentido estricto; mas a tenor de las peculiaridades propias de los delitos del riesgo informático y de la información, debería configurarse el tipo delictivo consecuentemente como:

1.- **un delito de acción doloso**, no cabiendo la posibilidad de su realización:

a) ni de forma omisiva, como delito de omisión propio, ni de su comisión por omisión, como delito de omisión impropia.

b) ni de forma imprudente, mediante una inobservancia del cuidado objetivamente debido, dado el requerimiento, como elemento subjetivo específico del injusto, de un ánimo de lucro en el sujeto activo, caracterizado por el logro de un enriquecimiento injusto correlativo a la causación de un perjuicio económico-patrimonial de otro.

2.- Estructurándose como **una acción finalista tendente a lograr un traspaso o una transferencia antijurídica de fondos, bienes, derechos u otras cosas de valor**, diferenciándose así de los delitos de apoderamiento. Pero es que además, así configuradas, las Manipulaciones Informáticas Defraudatorias Patrimoniales, al igual que sucede con los contratos simulados en donde el perjuicio no se produce directamente por un engaño, no son una genuina estafa y merecen, como éstos, un tratamiento separado. Debemos pasar de considerarlo como una estafa, esto es como un mero delito de enriquecimiento de cualquier elemento pa-

rimonial mediante engaño, a un comportamiento informático artero que persigue un enriquecimiento injusto a costa del perjuicio patrimonial de otro.

3.- **un delito informático impropio, de riesgo, y pluriofensivo**, en el que, además de la puesta en grave peligro de los nuevos intereses jurídicos informáticos, bienes jurídicos prioritariamente protegidos, se tiene presente como principalmente concurrente la protección del patrimonio, pero que no precisa de la causación efectiva de un perjuicio patrimonial para su consumación, aunque la misma vendrá de ordinario consecuente no ya al logro del enriquecimiento injusto por parte del sujeto activo, sino a la verificación o materialización de la acción manipuladora. En caso de concurrencia de perjuicios patrimoniales efectivos, su cuantificación podría servir para determinar supuestos agravados, en su caso, o diferirse al ámbito de las responsabilidades civiles derivadas del ilícito, pero no determinar ni la existencia del delito, ni su minoración como infracción penal a mera falta penal.

4.- con la **utilización de términos suficientemente genéricos, abstractos o amplios** como para evitar no poder subsumir en su tipo las futuras modalidades comisivas que con toda seguridad van a surgir con la evolución de las nuevas tecnologías.

Delimitada a tenor de todo lo expuesto la figura de las manipulaciones informáticas defraudatorias patrimoniales, que desde la perspectiva tradicional se han venido equiparando a la del fraude informático limitado al ámbito patrimonial, en los siguientes capítulos vamos a desarrollar la configuración conceptual, criminológica y sustantiva que por parte de los organismos internacionales, el derecho comparado, y la jurisprudencia y la doctrina patria han pretendido dar cumplida respuesta a esta forma de ataque informático, así como finalmente la respuesta legal dada por el Código Penal de 1995.

IV.4

CONCLUSIONES A MODO DE RESUMEN

A tenor de todo lo expuesto en el presente Capítulo, podemos apreciar que el análisis, conceptualización y estructuración de los delitos informáticos que inciden en el ámbito económico en general se ha venido llevando a cabo, al igual que el resto de los ilícitos informáticos, desde perspectivas penales tradicionales y en consideración a los bienes e intereses clásicos jurídicamente protegidos en este ámbito, el patrimonio y los intereses socioeconómicos, obviando los nuevos bienes jurídicos precisados de protección penal y consecuentemente la regulación normativa expresa de aquellas conductas que, como el «hacking» o acceso informático ilícito, no suponían un ataque claro y preciso a aquéllos intereses.

Tal perspectiva tradicional tiene su manifestación más clara en la propia denominación de «delitos económicos específicamente informáticos» con la que se ha venido efectuando la referencia a este grupo de ilícitos, ya incluso delitos en cuanto que el término es relativamente válido al venir algunas figuras expresamente tipificadas en los textos penales, y concretamente en nuestro Código Penal de 1995, pero en los que de facto meramente se ha incidido en la sustitución formal de elementos de los tipos clásicos ya preexistentes, como los medios comisivos tradicionales por los informáticos (engaño por manipulación informática), o la incorporación de nuevos objetos de la acción delictual (bienes intangibles como los datos o los programas), atribuyéndoles un valor económico patrimonial.

Por todo ello figuras como el espionaje informático, el sabotaje informático o incluso el «fraude informático» han sido formuladas conforme a criterios clásicos de ataques contra intereses económico-patrimoniales ya protegidos (en la revelación de secretos empresariales, los daños, o las defraudaciones, respectivamente), lo cual supone no sólo el no considerar una entidad jurídica suficiente y propia de los nuevos bienes e intereses vinculados con la informática y la información informatizada como para otorgarles una protección singularizada, sino incluso que determinados comportamientos criminológicos y aspectos incluíbles en tales ilícitos, hayan quedado fuera de la protección jurídico penal ¹⁷⁰, o sean susceptibles, sin causa suficiente, de un tratamiento tipológico distinto ¹⁷¹.

En concreto el fraude informático se ha llegado a asimilar a las defraudaciones por medios informáticos, de tal manera que las manipulaciones informáticas quedaban constreñidas a ser la vía o medio comisivo común o básico utilizado para la realización del ilícito, sin perjuicio de no quedar la figura restringida al ámbito estrictamente patrimonial, sino que puede afectar u operar en varios ámbitos o campos distintos: el estrictamente patrimonial, el financiero, el tributario, etc. .

Es por ello también necesario un cambio de perspectiva en este ámbito de incidencia. En la nueva estructuración de los delitos informáticos, como delitos de riesgo informático y de la información, se puede configurar como ilícito básico, al menos en el ámbito económico, el acceso informático ilegal o hacking, necesitado de incriminación penal entre otros motivos por constituirse en la mayoría de ocasiones no sólo en un acto preparatorio de un ilícito informático más grave

¹⁷⁰ Como la ausencia de protección penal del denominado «derecho de autor del titular de una base de datos» que recibe un ataque de este tipo, tanto por su no posible subsunción bajo esta figura del art. 270, como por la insuficiencia protectora otorgada por el art. 197.2 en los delitos relativos a la intimidad, y que como vimos anteriormente en la Subsección IV.1.4 es una cuestión propia del ilícito de piratería informática.

¹⁷¹ Como es el caso del diverso tratamiento jurídico penal de las operaciones con tarjetas de crédito, débito o cualesquiera otras magnéticas en aparatos automatizados, terminales informáticas o cajeros automáticos, y que incluso se hace depender de la presencia en las inmediaciones de una persona física como susceptible de constituir el sujeto pasivo del delito.

(espionaje, sabotaje, piratería o manipulación defraudatoria), sino incluso en el inicio de propios actos ejecutivos de los mismos al concurrir en el sujeto el ánimo o motivación específico requerido en ellos.

Como delito de riesgo informático y de la información en el ámbito económico, el fraude informático debe cambiar desde su denominación hasta su configuración, pasando a ser una acción o comportamiento informático caracterizado por el carácter defraudatorio, tanto objetivamente por su medio comisivo, o sea subrepticio, como subjetivamente por su intención o finalidad, esto es, ánimo de lucro ilícito en perjuicio de tercero, si bien que afecta no exclusivamente al patrimonio en su consideración microindividualista.

Además, la acción informática debe ser llevada a cabo subrepticamente, de forma artera, equiparándose al término manipulación informática, esto es una manipulación de la información informatizada o de su representación, y en la que lo informático no viene referido al medio comisivo, aunque normalmente así sea, sino que viene referido al objeto sobre el que recae la acción manipuladora, esto es sobre la información o los datos o los programas que la representan, suponiendo, además de la afectación de bienes jurídicos tradicionales de tipo económico, un ataque o al menos una puesta en grave peligro de los nuevos bienes jurídicos informáticos y de la información (los datos, los programas, o la seguridad y fiabilidad colectiva en los sistemas y redes informáticos y telemáticos).

Por todo ello, sustituido el término de fraude informático por el de manipulación informática defraudatoria, el ilícito como delito de riesgo informático y de la información no puede conceptuarse ni caracterizarse como una mera defraudación informática o como una defraudación mediante ordenadores o computadoras, sino como todo comportamiento que suponga un ataque grave directo a la información en sí misma, o bien a los datos, programas, sistemas o redes informáticos y de telecomunicaciones, en cuanto sea susceptible de afectar a la misma en relación a la seguridad, fiabilidad y pacífica utilización, desde un punto de vista social y colectivo, de tales medios y vías de representación, almacenamiento, tratamiento y transferencia de aquélla, realizado de forma subreptica y con ánimo de lucro.

En tales términos, como una modalidad de manipulación informática defraudatoria en cuanto a su específica incidencia en el ámbito es-

trictamente patrimonial, aparece la figura de las manipulaciones informáticas defraudatorias patrimoniales, que en su caracterización como ilícito desde la perspectiva tradicional del derecho penal económico, se aproximaría muy claramente a la modalidad estrictamente patrimonial de la figura del «fraude informático» o «defraudación informática», pero que desde la perspectiva del derecho global penal del riesgo informático y de la información conceptúo como cualquier acción de intervenir o afectar de forma subrepticia la información informatizada, los datos o los programas que la representan, o las funciones propias de un sistema de procesamiento, tratamiento o transferencia de los mismos, realizada con ánimo de lucro y en perjuicio patrimonial de un tercero.

Mas este tercero, siendo víctima del ilícito, no tiene por qué constituirse en sujeto pasivo directo de la actividad manipuladora, ni tampoco otra persona física; es indiferente ab initio la existencia de una persona física que como sujeto pasivo reciba o sufra directamente la actividad manipuladora, pues ésta no se configura como sustituta de un «engaño», que sí precisa de tal requerimiento.

Desde el punto de vista penal sustantivo, y en su configuración como Delito de Riesgo Informático y de la Información, las Manipulaciones Informáticas Defraudatorias Patrimoniales, vienen caracterizadas como un delito informático impropio, de riesgo, y pluriofensivo, que debe constituirse como un delito de acción doloso, tendente a lograr un traspaso o una transferencia antijurídica de fondos, bienes, derechos u otras cosas de valor, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, aunque no es necesario para su consumación la causación efectiva de tal perjuicio patrimonial, preciso de un tratamiento diferenciado y autónomo de otras figuras tradicionales defraudatorias, en concreto respecto de la estafa, y cuyos elementos objetivos del tipo deben ser establecidos utilizando términos suficientemente genéricos, abstractos o amplios como para poder abarcar en su protección futuros supuestos derivados de la evolución progresiva de las nuevas tecnologías.

TERCERA LECTURA

Mirò Llinares, F. (2012). *La criminalidad en el ciberespacio: La cibercriminalidad*. Mirò Llinares, F. El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio. Madrid, España. Editorial Marcial Pons, pp. 33-45.

Se analizará el tránsito del primer uso de los conceptos relacionados con la tecnología informática a los directamente concernientes a la evolución de las TIC hacia la configuración del ciberespacio, y se apuntarán los posibles sentidos en que se puede utilizar el término cibercrimen antes de decidirnos por el que se usa en este trabajo.

FERNANDO MIRÓ LLINARES

EL CIBERCRIMEN
Fenomenología y criminología
de la delincuencia en el ciberespacio

Prólogo de
Marcus Felson

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2012

La colección *Derecho penal y Criminología* publica aquellos trabajos que han superado una evaluación anónima realizada por especialistas en la materia, con arreglo a los estándares usuales en la comunidad académica internacional.

Los autores interesados en publicar en esta colección deberán enviar sus manuscritos en documento *Word* a la dirección de correo electrónico manuscritos@derechopenalycriminologia.es. Los datos personales del autor deben ser aportados en documento aparte y el manuscrito no debe contener ninguna referencia, directa o indirecta, que permita identificar al autor.

Puede encontrarse más información sobre la colección en la página web www.derechopenalycriminologia.es.

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Fernando Miró Llinares

© MARCIAL PONS

EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ (91) 304 33 03

www.marcialpons.es

ISBN: 978-84-15664-18-5

Depósito legal: M. 40.395-2012

Diseño de la cubierta: ene estudio gráfico

Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.

Impresión: ELECÉ, INDUSTRIA GRÁFICA, S. L.

Polígono El Nogal - Río Tiétar, 24 - 28110 Algete (Madrid)
MADRID, 2012

CAPÍTULO I

LA CRIMINALIDAD EN EL CIBERESPACIO: LA CIBERCRIMINALIDAD

1. ACERCA DE LOS CONCEPTOS CIBERCRIMEN Y CIBERCRIMINALIDAD

La utilización en el ámbito científico de neologismos procedentes de la traducción al castellano de términos de otras lenguas, resulta, en muchos casos, inevitable y, en múltiples ocasiones, arriesgada, dado que generalmente no es posible una identificación completa de sentidos mediante la traducción de términos procedentes de otros idiomas. Quienes en Estados Unidos, Inglaterra, Australia y muchos otros países han tratado, desde muy diversas ciencias sociales, el fenómeno que es objeto de este trabajo, no suelen hablar de *cybercriminality*, ni de *cyberdelinquency*, sino de *cybercrime*¹; en castellano, en cambio, se vienen utilizando, indiscriminadamente, los términos cibercrimen, ciberdelito, cibercriminalidad, ciberdelincuencia², en muchos casos para referirse todos ellos a un mismo significado y en otras pretendiéndole otorgar sentidos distintos. A esto hay que unir que en el ámbito jurídico y criminológico se utilizan en España y en otros países de habla hispana otros conceptos, los de criminalidad informática, delito informático, etc.,

¹ Se atribuye el primer uso del término *cybercrime* a John Perry BARLOW, teórico de la Sociedad de la información, en general, y de Internet en particular, que en 1990 publica «A Not Terribly Brief History of the Electronic Frontier Foundation». En Internet en http://w2.eff.org/Misc/Publications/John_Perry_Barlow/HTML/not_too_brief_history.html (última visita el 9 de septiembre de 2010); si bien, como señala Brenner, en aquel momento ya debía utilizarse fuera del ámbito académico. BRENNER, S. W., «Cybercrime Metrics: Old Wine, New Bottles?», en *VJOLT*, vol. 9, núm. 13, 2004, p. 2, nota 4. Ya en el ámbito académico son pioneros en la utilización de este término SUSSMAN, V., «Policing cyberspace», en *U.S. News and World Report*, enero, 1995, pp. 54 y ss.; y HEUSTON, G. Z., «Investigating the Information Superhighway: Global Views, local perspectives», en *JCJE*, vol. 2, núm. 6, 1995, pp. 311 y ss. Sobre el término véase más adelante.

² Hay autores que suelen redactar las palabras con el prefijo «ciber» añadiendo un guión, o bien en dos palabras, al estilo de cómo se suele hacer con el prefijo «cyber» en inglés. Según las normas de formación de palabras en español, a partir del prefijo ciber-, como elemento compositivo de numerosas voces relacionadas con la informática y la realidad virtual, se pueden utilizar como neologismos válidos términos como ciberataque, cibercrimen o cibercriminalidad, siempre que se escriban en una sola palabra y sin guión intermedio.

también procedentes de términos ingleses y alemanes como son respectivamente *computer crime*³ y *Computerkriminalität*⁴, para referirse, en muchos casos, al mismo fenómeno al que pretende hacerse referencia cuando se habla de la cibercriminalidad o del cibercrimen.

Antes de analizar las claves criminológicas de un nuevo tipo de delincuencia ejecutada en el ciberespacio, que es el principal objetivo de este trabajo, resulta necesario, por tanto, precisar cuál va a ser el objeto de investigación y ello exige, por los motivos apuntados, la determinación del alcance real de los términos cibercrimen y cibercriminalidad. Se analizará así, el tránsito del primer uso de los conceptos relacionados con las tecnologías informáticas a los directamente concernientes a la evolución de las TIC hacia la configuración del ciberespacio, y se apuntarán los posibles sentidos en que se puede utilizar el término cibercrimen antes de decidimos por el que se usa en este trabajo.

1.1. De la delincuencia informática a la cibercriminalidad: evolución de un término por la evolución del fenómeno

La categoría de los delitos informáticos, como constructo doctrinal que se usó por la doctrina penal alemana y española durante los años setenta, ochenta, noventa y al principio de este nuevo siglo, y que sigue usándose por parte de la doctrina, no se concibió por quienes lo utilizaban en el sentido de grupo autónomo de infracciones penales con caracteres sistemáticos, o de contenido material de protección, homogéneos que exigirían una metodología distinta al resto de grupos o de una valoración político-criminal común al tutelar intereses sociales de idéntica naturaleza⁵. De acuerdo con la caracterización de delitos informáticos, tanto por el medio utilizado, como por el objeto sobre el que recaía el ataque⁶, que conllevaba que formasen parte de

³ En el ámbito anglosajón, y como recuerda Brenner, es clásico el libro de PARKER, D. B., *Crime by Computer*, New York, Charles Scribner's Sons, 1976; véase, BRENNER, S. W., «Cybercrime...», *op. cit.*, p. 2, nota 4. Posteriormente, y con más repercusión en nuestro ámbito, también debe mencionarse PARKER, D. B., *Fighting Computer Crime*, New York, Charles Scribner's Sons, 1983.

⁴ En Alemania, y para su ámbito de influencia, el pionero fue, sin lugar a dudas, SIEBER con sus primeras monografías *Computerkriminalität und Strafrecht*, Köln/Berlin/Bonn/München, Carl Heymanns, 1980 (2.ª ed.); y SIEBER, U., *The international handbook on Computer Crime*, Chichester, John Wiley and Sons, 1986. En España, pionero en la materia fue ROMEO CASABONA con *Poder informático y seguridad jurídica. La función tutelar del Derecho penal ante las nuevas tecnologías de la información*, quien, sin embargo, ya se mostraba en esa obra reacio a hablar de delito informático. ROMEO CASABONA, C. M., *Poder informático y seguridad jurídica. La función tutelar del Derecho penal ante las nuevas tecnologías de la información*, Madrid, Fundesco, 1988, p. 28.

⁵ En este sentido, por todos, ROMEO CASABONA, C. M., *Poder informático...*, *op. cit.*, p. 41.

⁶ La premisa de que hay delitos informáticos por razón del medio y delitos informáticos por razón del objeto, es aceptada de forma generalizada por la doctrina. Así véase MATA Y MARTÍN, R. M., *Delincuencia informática y Derecho penal*, Madrid, Edisofer, 2001, p. 23. Véase también en este sentido González Rus, quien distingue entre ilícitos patrimoniales contra elementos informá-

la misma tanto aquellos comportamientos delictivos realizados a través de procesos electrónicos⁷, como aquellos otros delitos tradicionales que recaían sobre bienes que presentaban una configuración específica en la actividad informática, o bien sobre nuevos objetos como el *hardware* y el *software*⁸, difícilmente podía decirse que los tipos que la conformaban tuvieran problemas dogmáticos idénticos o, cuanto menos, distintos a los de otras figuras delictivas. Tampoco la doctrina se empeñaba en buscar algún tipo de identidad de bienes jurídicos en todos los delitos económicos. Siguiendo la categorización de Sieber⁹, el patrimonio y el orden económico¹⁰, bienes personalísimos como la intimidad o la libertad sexual, y otros bienes supraindividuales o difusos, se consideraban protegidos por «los delitos informáticos».

La categoría de los delitos informáticos, o quizá mejor, de la criminalidad o delincuencia informática¹¹, no definía un bien jurídico protegido común a

ticos, bien sean físicos o *hardware*, o de naturaleza lógica o *software*, cuando éstos son el objeto material de la conducta, e ilícitos patrimoniales cometidos por medio del sistema informático, en los cuales el sistema informático es el medio a través del cual se lleva a cabo el comportamiento lesivo de lo patrimonial. GONZÁLEZ RUS, J. J., «Tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos», en *PJ*, número especial IX, 1989, p. 40.

⁷ CORCOY BIDASOLO, M., y JOSHI, U., «Delitos contra el patrimonio cometidos por medios informáticos», en *RJC*, Barcelona, núm. 3, 1988, p. 134. BUENO ARÚS, F., «El delito informático», en *ALA*, núm. 11, abril de 1994, p. 2. Partiendo del medio utilizado, Tiedemann define la «criminalidad mediante computadoras», como «todos los actos, antijurídicos según la ley penal vigente (o socialmente perjudiciales y por eso penalizables en el futuro), realizados con el empleo de un equipo automático de procesamiento de datos», TIEDEMANN, K., *Poder económico y delito*, Barcelona, Ariel, 1985, p. 122.

⁸ ROMEO CASABONA, C. M., *Poder informático...*, op. cit., p. 46.

⁹ Distingue Sieber tres categorías: Una primera de contenido patrimonial, formada por el fraude informático, espionaje informático y sabotaje informático; una segunda de delitos cometidos por medio de sistemas informáticos contra derechos de la personalidad; y una tercera categoría de delitos informáticos que afectan a bienes supraindividuales o bienes sociales. SIEBER, U., *Informations-technologie und Strafrechtsreform*, Köln/Berlin/Bonn/München, Carl Heymanns, 1985, pp. 14 y 15.

¹⁰ En un principio, la delincuencia informática fue categorizada como delincuencia económica por uno de los principales impulsores de ambas sistematizaciones, TIEDEMANN, K., *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, vol. 2, Hamburg, 1976, p. 148. Pronto, sin embargo, reconoció el autor otro ámbito de la criminalidad informática, cuando ésta supone una amenaza a la esfera privada del ciudadano. TIEDEMANN, K., *Poder económico y delito*, op. cit., p. 122. Lo mismo hizo el principal teórico alemán sobre la categoría, Sieber, quien comienza atribuyendo un esencial contenido económico a estas infracciones, *Computerkriminalität und...*, op. cit., p. 188, pero pronto amplía los delitos informáticos a los lesivos de la privacidad, *The International Handbook...*, op. cit., y acaba distinguiendo entre las tres categorías citadas. Algo similar le ocurre en España a RUIZ VADILLO, E., «Tratamiento de la delincuencia informática como una de las expresiones de la criminalidad económica», en *PJ*, número especial IX, 1989, p. 56, para quien «si partimos por vía de hipótesis de que existe una delincuencia específica informática necesitada de una cierta autonomía, ésta ha de insertarse en el más amplio capítulo de la criminalidad de los negocios», si bien más adelante, el mismo autor considera tres las zonas hacia las que se dirige la delincuencia económica (suponemos que se refiere a la informática): la patrimonial, el espionaje y la intimidad de las personas. RUIZ VADILLO, E., «Tratamiento de la delincuencia informática...», op. cit., p. 57.

¹¹ Véase, en general, y extensamente, sobre la «cuestión terminológica», HERNÁNDEZ DÍAZ, L., «Aproximación a un concepto de Derecho penal informático», en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (dir.) *Derecho penal informático*, Cizur Menor, Civitas, 2010, pp. 35 y ss., especialmente 42 y ss.

todos ellos, sino más bien un ámbito de riesgo, el que derivaba de la expansión social de la tecnología informática, común a muchos bienes jurídicos cuya tutela completa por parte del legislador parecía requerir una modificación de los tipos penales existentes para su adaptación a las nuevas realidades informáticas o la creación de tipos distintos que respondiesen a las nuevas necesidades de protección. El riesgo de la actividad informática, podría decirse, como ámbito en el que aparecían nuevos intereses, nuevas formas de comunicación social y, por todo ello, nuevos peligros para los bienes más importantes, era y es, por tanto, lo común a infracciones penales como el fraude informático¹², el sabotaje o daños informáticos, el *hacking* o acceso ilícito a sistemas informáticos, la sustracción de servicios informáticos, el espionaje informático¹³, o la piratería informática de obras del ingenio¹⁴; tipologías de conducta específica que la doctrina penal considera merecedoras

¹² Indica GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. L., «En torno a los fraudes informáticos en el derecho español», en *AIA*, núm. 11, abril, 1994, p. 7, que conviene no confundir el fraude informático con el delito informático, esto es, la parte con el todo, puesto que aquél no es más que un tipo de delincuencia informática.

¹³ Señala Sieber que el espionaje informático (incluyente del hurto de *software*) constituye en el ámbito de la criminalidad por ordenador la segunda forma más frecuente de delito. SIEBER, U., «Criminalidad informática: peligro y prevención» (traducido por Elena FARRÉ TREPAT), en MIR PUIG, S. (comp.): *Delincuencia informática*, Barcelona, PPU, 1992, p. 22. También MÖHRENSCHLAGER, M. E., «El nuevo Derecho penal informático en Alemania» (traducido por Jesús-María SILVA SÁNCHEZ), en MIR PUIG, S. (comp.), *Delincuencia informática*, op. cit., p. 126, incluye dentro del espionaje informático el hurto de *software* o copia no autorizada de programas informáticos.

¹⁴ Recuerda ROMEO CASABONA, C. M., *Poder informático y seguridad...*, op. cit., p. 45, que la clasificación de SIEBER, U., *Computerkriminalität und Strafrecht*, op. cit., pp. 39 y ss., había sido utilizada anteriormente por Lampe. Sistematización similar es la de TIEDEMANN, al diferenciar entre manipulaciones, hurto de tiempo, hurto de *software* y espionaje y sabotaje (*Poder económico y delito...*, op. cit., pp. 122 y ss.). También GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. L., «Delincuencia económica e informática en el nuevo Código Penal», en *CDJ*, núm. 11, 1996, pp. 252 y ss., distingue entre infracciones patrimoniales por medios informáticos (incluye la estafa informática y la utilización ilícita de tarjetas electromagnéticas a los efectos del delito de robo con fuerza) y atentados contra la información como bien de contenido económico, entre los que incluye el espionaje informático, el sabotaje informático y el intrusismo informático, y los delitos relativos a la propiedad intelectual, si bien no entra en su estudio porque, a su parecer, estos delitos «no sufren modificaciones de interés en el nuevo Código». Romeo Casabona, aceptando las bases de la clasificación de Sieber, distingue en su estudio entre el fraude informático, las manipulaciones en cajeros automáticos mediante tarjetas provistas de banda magnética, y las agresiones a los sistemas o elementos informáticos, dentro de las cuales incluye el sabotaje informático y las agresiones al soporte material, y la sustracción o copia de bases de datos o de programas, cuyos principales tipos son el espionaje informático y la piratería de programas. ROMEO CASABONA, C. M., *Poder informático y seguridad...*, op. cit., pp. 46 y ss., y CORCOY BIDASOLO, M., y JOSHI, U., «Delitos contra el patrimonio cometidos...», op. cit., p. 684, incluyen entre la delincuencia económica patrimonial la falsificación de datos, las estafas por computador, el descubrimiento y revelación de secretos, el hurto de *software*, la destrucción de datos y la utilización de sistemas informáticos sin costo. Véanse también enumeraciones similares de ALONSO ROYANO, F., «¿Estado de Derecho o derecho del Estado? El delito informático», en *RGD*, núm. 498, marzo, 1986, pp. 602 y ss., y GONZÁLEZ RUS, J. J., «Tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales...», op. cit., p. 40. Sobre las clasificaciones de delitos informáticos llevadas a cabo por los principales autores del ámbito anglosajón y continental, nos remitimos al completo estudio de ROMEO CASABONA, C. M., *Poder informático y seguridad...*, op. cit., pp. 43 y ss.

de respuesta penal y sobre las que se analizaba su posible incardinación en los tipos penales tradicionales o la reforma de los mismos, e incluso la creación de tipos nuevos, para una mejor protección de los intereses dignos de tutela. Frente a otras categorías, pues, la de los delitos informáticos incluía tipologías de conductas, y no tipos penales.

En los últimos tiempos se ha venido sustituyendo, aunque no por todos¹⁵, la denominación de delitos informáticos por la de cibercrimen y cibercriminalidad en referencia esta vez al término anglosajón *cybercrime*¹⁶, procedente de la unión entre el prefijo *cyber*, derivado del término *cyberspace*¹⁷, y el término *crime*, como concepto que sirve para englobar la delincuencia en el espacio de comunicación abierta universal que es el ciberespacio. En inglés, parece estar imponiéndose este término frente a otros como *computercrime*, u otros en los que se utilizan prefijos como *virtual*, *online*, *high-tech*, *digital*, *computer-related*, *Internet-related*, *electronic*, y *e-*¹⁸. En la raíz de este cambio de denominación está la evolución, desde una perspectiva criminológica, de los comportamientos ilícitos en la Red y la preocupación legal en relación con ellos, concretamente, el hecho de que pasara de ser el centro del riesgo la información del sistema informático, a serlo las redes telemáticas a las que los sistemas empezaron a estar conectados y los intereses personales y sociales que se ponen en juego en las mismas. Así, a la primera generación de la cibercriminalidad en la que lo característico era el uso de ordenadores para la comisión de delitos, le ha sucedido una segunda época en la que la característica central es que el delito se comete a través de Internet, y según Wall, una tercera en la que los delitos están absolutamente determinados por el uso de Internet y las TIC¹⁹. Esto ha tenido su correlato en el ámbito legal: a

¹⁵ Véase, por ejemplo, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (dir.), *Derecho penal informático*, op. cit. En España institucionalmente se prefiere esa denominación para, por ejemplo, la fiscalía delegada en materia de delitos informáticos.

¹⁶ Entre otros, THOMAS, D., y LOADER, B., «Introduction - Cybercrime: Law enforcement, security and surveillance in the information age», en THOMAS, D., y LOADER, B. (eds.), *Cybercrime: Law enforcement, security and surveillance in the information age*, London, Routledge, 2000; y FURNELL, S., «Cybercrime: vandalizing the information society», en *LNCS*, vol. 2722, 2003, p. 333, donde señala que el crimen informático no anticipaba el riesgo que conllevaría la generalización del uso de estas tecnologías que ha supuesto Internet.

¹⁷ Conviene recordar que el prefijo *cyber* proviene a su vez del término *cyberspace* creado por el novelista de ciencia ficción William GIBSON y su obra *Neuromancer*, Ace Books, New York, 1984 (en España, traducida *Neuromante*), en la que el autor describía una sociedad tecnológicamente avanzada en la que las personas accedían a un mundo virtual separado del mundo real.

¹⁸ SMITH, R. G.; GRABOSKY, P., y URBAS, G., *Cyber criminals on trial*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 5.

¹⁹ WALL, D., *Cybercrime: the transformation of crime in the information age*, Cambridge, Polity Press, 2007, pp. 44 y ss. La diferencia entre la segunda y la tercera generación de cibercrímenes estaría en que en la primera, Internet se convierte en una oportunidad para la comisión de infracciones tradicionales, mientras que la tercera englobaría a aquellas infracciones que no se pueden cometer sin la existencia de Internet. A mi parecer es una diferencia de matiz interesante, y desde luego, creo que es fácilmente reconocible la distinción entre la primera y la segunda generación al existir un antes y un después de la aparición de Internet como forma de división,

partir del nuevo siglo empezaron a preocupar ya no sólo la información que pudieran contener los sistemas informáticos y la afectación a la intimidad o el patrimonio que pudiera derivarse del acceso a ella, sino el ciberespacio en el que los mismos interactuaban y los crímenes que allí se producían y que podían afectar a muchos otros nuevos bienes jurídicos como la indemnidad sexual, la dignidad personal o la propia seguridad nacional²⁰. Y todo ello ha llevado a la utilización de un término, el de cibercrimen que, a mi parecer, logra englobar todas las tipologías de comportamientos que deben estar, y además alcanza mejor que otros el que debe ser un propósito esencial de cualquier concepto que sirve para nombrar a una categoría²¹: enfatizar aquello que une a todo lo que la conforma que, en este caso, es Internet y las TIC como medio de comisión delictiva²².

Al fin y al cabo, si bien Internet, la Red más popular y a través de la cual se realizarán prácticamente todas estas infracciones, es en sí misma un medio informático y, por tanto, todos los ciberdelitos podrían entrar dentro de la categoría de los delitos informáticos²³, con la utilización del término cibercriminalidad se pone de manifiesto que sus implicaciones de riesgo van más allá de la utilización de tecnologías informáticas y se relacionan mucho más con el hecho de que estos comportamientos están unidos en la actualidad a redes telemáticas, con los particulares problemas político-criminales que ello plantea en la actualidad. Además, al tener en cuenta no sólo el aspecto «informativo» sino también el comunicativo de las TIC, se hace referencia a un catálogo más amplio de infracciones que incluye las que se relacionan con el (mal) uso de las comunicaciones personales entre particulares a través de

criminológica, entre la criminalidad informática y la cibercriminalidad que ha acabado por abarcar la primera.

²⁰ CLOUGH, J., *Principles of Cybercrime*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 4.

²¹ YAR, M., «The novelty of “cybercrime”: an assessment in light of routine activity theory», en *EJC*, núm. 2, 2005, p. 409.

²² CLOUGH, J., *Principles of Cybercrime*, *op. cit.*, p. 9.

²³ HERNÁNDEZ DÍAZ, L., «Aproximación a un concepto de Derecho penal informático», *op. cit.*, p. 44. Señala además la autora que mientras que todo lo que es cibernético o telemático es también informático, no ocurre lo mismo en sentido inverso, siendo por tanto mucho más omnicompreensiva esta última categoría. Tal afirmación es algo interesada: podría discutirse la veracidad de la afirmación de que no todo lo que es cibernético es informático, pero ¿quién ha dicho que tenga que serlo? Lo importante es si el término cibercrimen, o cibercriminalidad, abarca todas las infracciones en las que hay una misma problemática penal, y lo mismo ocurre con el término delito informático o delincuencia informática. En ese sentido, creo que ambos términos son prácticamente igual de «omnicomprensivos», pero que, en cambio, y como se dice en el texto, el de cibercrimen sirve para identificar socialmente de forma más adecuada todas las nuevas conductas criminales surgidas en Internet, así como las problemáticas que las mismas plantean para el sistema penal. Además, y como ha señalado CLOUGH, J., *Principles of Cybercrime*, *op. cit.*, p. 9, tampoco es desdeñable el argumento de que el único convenio a nivel internacional que abordó de forma completa el fenómeno, utilizaba el término cibercriminalidad (Convenio de Budapest del Consejo de Europa de 2001). También parece preferir el término ciberdelincuencia, frente al de crimen informático, QUINTERO OLIVARES, G., «Internet y Derecho penal. Imputación de los delitos y determinación de la competencia», en *LL*, núm. 37, enero, año IV, abril de 2007, p. 6.

redes telemáticas o con la introducción y mala utilización de los contenidos introducidas en ellas. En todo caso, y derivando la relevancia de la «cuestión terminológica» de la importancia de los términos para la transmisión de significados, creo que no debe desdeñarse el hecho de que hoy en día es el término Internet, y en relación con él el término ciberespacio y el prefijo *cyber-* como castellanización de *cyber*, los que reflejan socialmente, mucho mejor que el término «informático», algunas conductas delictivas. Así, el acoso sexual por Internet, el acoso a menores realizado en la Red o por medio de los *smartphones*, y la instigación al delito terrorista en el entorno virtual entre otros, parecen encajar mucho más con la idea de «lo cibernético» que con la de «lo informático». Y lo mismo sucede con los problemas de anonimato, transnacionalidad y otros que derivan más que del hecho de que se utilice para la comisión de la infracción una terminal informática, de que todas las terminales interactúan en un nuevo espacio virtual universal.

1.2. El cibercrimen: sentidos tipológico y normativo, concepciones amplia y restringida, y relación con el término cibercriminalidad

Explicada la preferencia por el término cibercrimen, resulta necesario afrontar el problema de su definición. Gran parte de la confusión que deriva del uso de este término se debe, sin embargo, a que no existe un único concepto de cibercrimen, ni un único sentido en el que se puede utilizar el mismo. A ello hay que unir que junto a él, aparece otro término, el de cibercriminalidad, que unas veces parece un sinónimo y otras un concepto distinto al de cibercrimen. Para tratar de comprender mejor el fenómeno de la cibercriminalidad y los caracteres del cibercrimen, es necesario precisar la relación entre ambos conceptos, lo cual exige, a su vez, distinguir los sentidos con que se pueden usar los mismos y las ventajas de uno u otro uso.

Pues bien, a nadie se le escapa el carácter polisémico del término delito. Cuando se utiliza el mismo, se puede hacer referencia bien a una figura delictiva incluida en una determinada ley y que permite sancionar todo un conjunto de comportamientos (el delito como hecho típico, antijurídico, culpable y punible), bien a un hecho personal concreto que merece tal calificación, generalmente, al entrar en el ámbito del primero. El delito en sentido normativo y el delito en sentido tipológico, como hecho concreto con relevancia social. A partir de aquí, pues, hay que reconocer que podemos utilizar el término cibercrimen para referirnos a un comportamiento concreto que reúne una serie de características criminológicas (también podrían ser legales)²⁴ relacionadas con el ciberespacio (sentido tipológico), o para tratar de

²⁴ Y aquí habría que hacer una nueva diferenciación a partir de si se está utilizando un concepto legal de delito o un concepto criminológico que vaya más allá del primero. No es el lugar para plantear estas cuestiones, bien resueltas, a mi parecer, por SERRANO MAÍLLO, A., *Introducción a la criminología*, 6.ª ed., Madrid, Dykinson, 2009, pp. 68 y ss., especialmente 76 y ss.; limitándome por

identificar un tipo penal concreto con un presupuesto y una sanción, que pretende prevenir la realización de conductas en el ciberespacio que afectan a bienes jurídicos dignos de protección (sentido normativo). En el primer caso, el término cibercrimen describiría conductas como la consistente en acceder ilícitamente a un sistema informático ajeno, o la del adulto que pone a través de Internet un contacto con un menor con la intención de consumir posteriormente un abuso sexual. En el segundo, el término cibercrimen describiría tipos penales como el del nuevo art. 197.3 que sanciona el acceso informático ilícito, o el del art. 183 bis que castiga el denominado *online child grooming*.

Evidentemente ambos sentidos, tipológico y normativo, son aceptables, y será el contexto el que nos determine que estamos utilizando uno u otro. Cuestión distinta es, en cambio, la de si tiene alguna utilidad la configuración del cibercrimen como una categoría en sentido normativo, como un conjunto de delitos del CP caracterizados por llevarse a cabo en el ciberespacio, o únicamente la tiene su construcción como una categoría tipológica (o criminológica) que incluya todas las modalidades (o algunas de ellas, según veremos) de comportamientos delictivos en el ciberespacio. Si bien ambas categorías podrían desempeñar su función, considero que, al igual que ocurría con la de los delitos informáticos, la categoría del cibercrimen, más que por dar nombre a un grupo de tipos penales²⁵, resulta útil como categoría de base criminológica que sirve como referencia de un ámbito de riesgo que incluiría a todas las tipologías de comportamientos que utilicen la Red para la realización de comportamientos que atenten contra bienes considerados esenciales²⁶ y que, en todo caso, puede posteriormente ser comparada con la categoría normativa en aras a descubrir si los tipos penales dan o no una respuesta adecuada al problema criminológico del delito en el ciberespacio. El cibercrimen (o la cibercriminalidad, como después precisaré), cumple su función principal, por tanto, con la descripción y sistematización de las nuevas formas de afectación de los bienes más importantes en el ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación, y, a partir de ahí, la valoración de las soluciones político-criminales adoptadas frente a las mismas, partiendo de la revisión de los tipos penales existentes y de la necesidad (o

tanto a señalar que dentro de ese concepto débil de cibercrimen hay que tener en cuenta que se utiliza el término crimen también en sentido débil.

²⁵ El que el cibercrimen no corresponda a una categoría legalmente establecida no es propio sólo de España, sino de todo el mundo. YAR, M., *Cybercrime and society*, London, Sage, 2006, p. 9.

²⁶ En sentido similar Romeo Casabona, quien señala que el término cibercrimen no puede llegar a satisfacer plenamente una función dogmática de integración de estos delitos de nueva generación, pero sí descriptiva de identificación de un fenómeno criminal. ROMEO CASABONA, C. M., «De los delitos informáticos al cibercrimen: una aproximación conceptual y político criminal», en ROMEO CASABONA, C. M. (coord.), *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Granada, Comares, 2006, p. 8.

no) de modificación de los mismos. Las necesidades de intervención político-criminal frente al cibercrimen, sin embargo, no se agotan en la tipificación de nuevos preceptos penales, sino que las peculiaridades criminológicas y la incidencia de esa amenaza real en múltiples aspectos sociales es tal, que más importante que la correcta política legislativa sustantiva nacional, es la adaptación de las estructuras procesales y técnicas necesarias, especialmente a nivel internacional, para la prevención de su realización y la mejor investigación procesal de las mismas.

El cibercrimen, pues, se utilizará generalmente aquí en sentido tipológico, bien como comportamiento criminal en el ciberespacio, bien como categoría que incluye a todos (o algunos de) ellos. Eso sí, para que estemos ante un cibercrimen no bastará con que se utilicen las TIC para realizar el comportamiento criminal, sino que se exigirá que tal uso tenga que ver con algún elemento esencial del delito. No estamos ante un cibercrimen si, por ejemplo, se envía una carta que ha sido impresa utilizando la terminal informática e incluyendo contenidos copiados de recursos de Internet; sí, cuando se amenaza a otro por medio del correo electrónico, o cuando el engaño constitutivo de la estafa se lleva a cabo utilizando este medio.

Por otra parte es necesario aclarar que el término cibercrimen tiene una relación directa con el otro término generalmente utilizado en este ámbito, el de cibercriminalidad. Éste no tiene sentido normativo, sino únicamente tipológico, como categoría criminológica que englobaría todos los cibercrímenes. Se utiliza generalmente el término cibercriminalidad para referirse, por tanto, al fenómeno de la criminalidad en el ciberespacio, y en muchos casos, el término cibercrimen para situar dentro de ese fenómeno a un tipo de comportamiento concreto. Como acabamos de ver, sin embargo, hay ocasiones en que el término cibercrimen también se utiliza para hacer referencia a todos los comportamientos que reúnen las características tipológicas que conforman el fenómeno, esto es, como sinónimo de cibercriminalidad. Esto es lo que ocurre con el uso del término *cybercrime* en inglés, y también en castellano cuando se afirma, por ejemplo, que «el cibercrimen es una amenaza para la seguridad de los Estados en la actualidad». Creo que en ambos casos el uso es correcto y que el contexto permite diferenciar uno u otro sentido, por lo que esto es lo que sucederá en este libro que, de hecho, se titula «El cibercrimen» otorgando al término un sentido idéntico al que tendría el de «La cibercriminalidad».

Más relevante es, en cambio, la cuestión de la concepción amplia o restringida del cibercrimen (o de la cibercriminalidad)²⁷. Estas dos concepcio-

²⁷ Que viene a corresponderse con la pretendida distinción entre *cybercrime*, como conjunto de conductas criminales nuevas surgidas en el ciberespacio, y *cyber crime*, que abarcaría las conductas criminales surgidas en el ciberespacio, incluyendo las nuevas formas de realización de conductas criminales digamos «convencionales», SMITH, R. G.; GRABOSKY, P., y URBAS, G., *Cyber criminals on trial*, op. cit., p. 6.

nes son aplicables tanto al sentido normativo²⁸ como al tipológico, pero es en relación con este último donde tal diferenciación adquiere más importancia, dado que sirve, ni más ni menos, para fijar el auténtico objeto de investigación de este trabajo.

Pues bien, si utilizamos el término de forma amplia, podremos definir como cibercrimen cualquier comportamiento delictivo realizado en el ciberespacio, entendiendo además por el mismo el ámbito virtual de interacción y comunicación personal definido por el uso de las TIC, y dando cabida, por tanto, a conductas cuyo contenido ilícito es nuevo y se relaciona directamente con los nuevos intereses o bienes sociales existentes en el ciberespacio, así como también a comportamientos tradicionalmente ilícitos en los que únicamente cambia que ahora se llevan a cabo por medio de Internet. Si, por el contrario, utilizamos el término de forma restringida, y si bien se pueden utilizar variados criterios para restringir la categoría²⁹, lo usual será acudir a la propia idea de la realización del delito por medio de las TIC. Conforme a esto, estaremos ante un cibercrimen únicamente cuando se trate de un comportamiento delictivo realizado en el ciberespacio cuya esencia de injusto no podría haberse dado de ninguna otra forma fuera de él³⁰. El comportamiento de quien acosa sexualmente a un menor por Internet sería un cibercrimen

²⁸ En el sentido normativo podemos incluir dentro de la categoría del cibercrimen, bien cualquier tipo penal que permita ser realizado utilizando las TIC como medio u objetivo comisivo (concepto amplio), o bien sólo aquellos cuya única forma comisiva típica exija la utilización de las TIC (concepto restringido). El delito de acceso informático ilícito sería un cibercrimen, conforme a la concepción amplia, pero no lo sería conforme a la concepción restringida que, sin embargo, sí daría cabida al *child grooming*, puesto que el mismo no puede realizarse sino a través de Internet u otras TIC.

²⁹ Así ocurre, por ejemplo, con la definición de Romeo Casabona, quien define el cibercrimen como «el conjunto de conductas relativas al acceso, apropiación, intercambio y puesta a disposición de información en redes telemáticas, las cuales constituyen su entorno comisivo, perpetradas sin el consentimiento o autorización exigibles o utilizando información de contenido ilícito, pudiendo afectar a bienes jurídicos diversos de naturaleza individual o supraindividual», ROMEO CASABONA, C. M., «De los delitos informáticos al cibercrimen...», *op. cit.*, p. 9. La definición de Romeo Casabona no concuerda con una concepción totalmente restringida del cibercrimen, puesto que permite incluir en ella conductas como el espionaje informático, cuyo contenido esencial de injusto puede darse también en otros comportamientos de espionaje llevados a cabo, por ejemplo, por *insiders* que acceden al sistema sin usar las redes telemáticas. Sin embargo está más cerca de esa concepción restringida que de la concepción amplia, pues al utilizar una descripción de conductas tan estricta como «acceso, apropiación, intercambio y puesta a disposición de información», deja fuera un gran número de tipologías de conductas en las que lo esencial es la dimensión comunicativa y no la relativa a la información como el ciberacoso sexual a menores, el *cyberbullying*, o el *cyberstalking*.

³⁰ Los que Clough y Wall, en trabajos separados pero coincidentes en lo terminológico, denominan «*the true cybercrimes*», aunque Clough acabe aceptando una categoría más amplia. CLOUGH, J., *Principles of Cybercrime*, *op. cit.*, p. 11. Por su parte Wall señala que los auténticos (*true*) cibercrímenes son únicamente aquellos que son producto de las oportunidades creadas por Internet y que sólo pueden ser perpetrados por medio del ciberespacio, refiriéndose a los robos de propiedad intelectual, el envío de *spam* y otras formas de ingeniería social. WALL, D. S., «What are Cybercrimes?», en *CJR*, 2005, p. 59. Aunque creo que coincidimos en la idea de que no cualquier utilización

bajo una concepción amplia, dado que ha sido llevado a cabo en el ciberespacio pero podría haberse ejecutado en el «espacio real»; pero no lo sería si utilizamos un concepto restringido de cibercrimen ya que tiene su referente fuera de él; por el contrario, el ataque denominado «de denegación de servicios» sería un cibercrimen tanto siguiendo una concepción amplia como una restringida, puesto que tal conducta lesiva de los intereses económicos de la víctima sólo puede realizarse por medio de Internet.

Puede adelantarse aquí que la concepción de cibercrimen seguida en este trabajo es amplia. La explicación del porqué y la precisión final de qué tipologías de conductas en el ciberespacio se incluyen en la categoría ya corresponden al siguiente punto, dedicado al alcance del cibercrimen.

2. EL CIBERCRIMEN: FUNCIONES DE LA CATEGORÍA Y CONCEPCIÓN AMPLIA DEL CIBERCRIMEN

Aunque hay múltiples definiciones de cibercrimen, el aspecto esencial de todas y cada una de ellas se reduce, a mi parecer, y como ya se ha adelantado, a la cuestión de si con la definición se está adoptando una concepción amplia o restringida de la cibercriminalidad, dando cobertura en la categoría a todos o tan sólo a algunos de los comportamientos criminales realizados en el ciberespacio. Es éste, a mi parecer, el aspecto determinante que debe ser tomado en cuenta para valorar una definición (en términos de precisión del concepto en relación con su significado), aunque no siempre el mismo es afrontado explícitamente por los autores y tiene que ser descubierto en cada una de las definiciones. Así ocurre, por ejemplo, con la definición de Yar quien define el cibercrimen como «aquel delito cuya característica esencial es el rol central que las TIC juegan en su comisión»³¹. Aunque en principio, podría parecer que está tratando de restringir el alcance de la categoría, lo hace únicamente en el sentido antes afirmado de incluir sólo aquellas infracciones en las que la utilización de las TIC tiene que ver con el aspecto esencial del delito. En cambio, se trata de una concepción amplia que incluye cualquier comportamiento delictivo llevado a cabo en el ciberespacio, sea el mismo esencialmente nuevo o consista simplemente en la comisión de un injusto tradicional utilizando como nuevo medio comisivo el ciberespacio.

Esta concepción amplia es la que se sigue en esta monografía, y ello debido a la función que se pretende dar a la categoría de referencia como forma de criminalidad que plantea unas nuevas problemáticas, tanto desde una perspectiva criminológica como desde la perspectiva penal, y en aspectos tan importantes como la eficacia de los modelos preventivos, la aplicación

de Internet da lugar a un cibercrimen, también creo que con la definición que he aportado aquí se precisa esto de forma más clara.

³¹ YAR, M., *Cybercrime and society*, *op. cit.*, p. 9.

de las normas jurídicas, o la identificación de los criminales, entre muchas otras derivadas de los especiales rasgos de la criminalidad realizada en el ciberespacio. Si es, pues, el mero hecho de que el delito se ejecute utilizando Internet, aquello que dota a la conducta de unos caracteres de riesgo delictivo y de riesgo penal distintos a los de las infracciones penales ejecutadas en el espacio físico-real, entonces debe entenderse, como aquí se hace, que la categoría debe abarcar a todas ellas: sean las infracciones nuevas en su esencia o tan sólo en los medios; sean las TIC el objetivo, el medio o el lugar de ejecución; y sean los bienes jurídicos afectados tan dispares como el patrimonio, la seguridad nacional o la indemnidad sexual de los menores. O en otros términos, si la cibercriminalidad pretende configurarse, en suma, como una categoría criminológica que englobe a todo un conjunto de infracciones con una misma problemática de riesgo y de respuesta penal, bastará con que la conducta, para que sea objeto de esta nueva categoría penal, se lleve a cabo en ese ámbito virtual con dimensiones espacio-temporales distintas, y caracterizado por la transnacionalidad, la universalización del medio y el estar sujeto a revolución permanente, que es el ciberespacio.

Por consiguiente, entiendo por cibercrimen, al objeto de este trabajo, cualquier delito en el que las TIC juegan un papel determinante en su concreta comisión, que es lo mismo que afirmar que lo será cualquier delito llevado a cabo en el ciberespacio, con las particularidades criminológicas, victimológicas y de riesgo penal que de ello se derivan³². Antes, sin embargo, de sistematizar las distintas tipologías de cibercrímenes que conforman la categoría, hay que hacer una última precisión.

Se trata de reconocer que no todos los comportamientos que vamos a integrar dentro de las diferentes tipologías de cibercrímenes pueden ser reputados delictivos conforme al sistema penal español³³. Si en última instancia el objetivo es analizar la respuesta penal a las distintas tipologías de conductas que pueden poner en riesgo algunos de los intereses sociales más significativos, resulta lógico realizar un análisis tipológico amplio que se compare posteriormente con el normativo para señalar cuáles de los comportamientos son delictivos y cuáles no. En este libro, se está realizando, por tanto, un estudio criminológico del cibercrimen en el que no se analizan figuras delictivas, sino modalidades de comportamiento. Esto significa que vamos a re-

³² De modo similar, Yvonne Jewkes define el cibercrimen como cualquier acto ilegal cometido por medio de (o con la asistencia de) sistemas informáticos, redes digitales, Internet y demás TIC. JEWKES, Y., «Cybercrime», en MCLAUGHLIN, E. U., y MUNCIE, J. (eds.), *The Sage Dictionary of Criminology*, London-California, Sage, 2006, p. 106.

³³ Lo cual es general en la categoría que, en algunos casos, como señala JEWKES, Y., «Cybercrime», *op. cit.*, p. 106, llega incluso a incluir comportamientos legales como la lotería en Internet. A mi parecer, la de la ilicitud sí es, como se explicará, una barrera clara que no se puede saltar, aunque en ocasiones haya que plantearse los problemas político-criminales que plantean comportamientos lícitos como algunas formas de envío de *spam* o concretas conductas de distribución de archivos en Internet.

ferirnos a conductas como el envío de *spam* o a algunas concretas formas de *cyberstalking* utilizando el concepto de cibercrimen y, todo ello, pese a que gran parte de las mismas no serían delictivas. Las razones de hacerlo así son varias: la primera es que muchos de los ciberataques, y esto se verá posteriormente, conllevan dinámicas comisivas complejas repletas de pasos previos que en algunos casos podrán ser reputados como tentativas delictivas y en otros no. Es lo que sucede con el *spam*, o con algunas infecciones de *malware* que no causando ningún daño se realizan, en última instancia, como pasos necesarios para el posterior acceso ilícito al sistema o la futura defraudación. En segundo lugar, la presente obra analiza un fenómeno transnacional regulado de forma distinta por muchos Estados que no siempre seleccionan las mismas conductas para su sanción penal, por lo que resulta más adecuada una visión omnicomprendensiva de los ciberataques que los incluya a todos sean o no penados. Por último, y desde una perspectiva criminológica, nos interesa el cibercrimen como una categoría amplia en aras a la prevención del mismo, de modo que limitarnos a las conductas que están presentes en el Código Penal actual, resultaría contradictorio con estos objetivos.

CUARTA LECTURA

Mirò Llinares, F. (2012). *Tipo de cibercrimen y clasificación de los mismos*. Mirò Llinares, F. El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio. Madrid, España. Editorial Marcial Pons, pp. 47-139.

La historia del cibercrimen, que evolucionó de los primeros ataques a sistemas informáticos a las últimas formas de ciberterrorismo, ha sido tan rápida que nos demuestra que probablemente en esta misma relación estemos obviando algún nuevo comportamiento ilícito ya existente en Internet.

FERNANDO MIRÓ LLINARES

EL CIBERCRIMEN
Fenomenología y criminología
de la delincuencia en el ciberespacio

Prólogo de
Marcus Felson

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2012

La colección *Derecho penal y Criminología* publica aquellos trabajos que han superado una evaluación anónima realizada por especialistas en la materia, con arreglo a los estándares usuales en la comunidad académica internacional.

Los autores interesados en publicar en esta colección deberán enviar sus manuscritos en documento *Word* a la dirección de correo electrónico manuscritos@derechopenalycriminologia.es. Los datos personales del autor deben ser aportados en documento aparte y el manuscrito no debe contener ninguna referencia, directa o indirecta, que permita identificar al autor.

Puede encontrarse más información sobre la colección en la página web www.derechopenalycriminologia.es.

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Fernando Miró Llinares

© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ (91) 304 33 03

www.marcialpons.es

ISBN: 978-84-15664-18-5

Depósito legal: M. 40.395-2012

Diseño de la cubierta: ene estudio gráfico

Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.

Impresión: ELECÉ, INDUSTRIA GRÁFICA, S. L.

Polígono El Nogal - Río Tiétar, 24 - 28110 Algete (Madrid)
MADRID, 2012

CAPÍTULO II

TIPOS DE CIBERCRIMEN Y CLASIFICACIÓN DE LOS MISMOS

1. INTRODUCCIÓN: EL CIBERCRIMEN (LOS CIBERCRÍMENES)

Aceptada la denominación de cibercriminalidad como preferible en la actualidad a la de delincuencia informática, reconocido que la misma sirve esencialmente para definir un ámbito de riesgo particular y específico, el derivado del uso de las TIC, para bienes jurídicos esenciales, y admitido, por último, que tal categoría engloba no tipos penales sino tipologías de conductas peligrosas para dichos bienes y caracterizadas por la utilización de redes telemáticas y demás sistemas, terminales y servicios de las TIC con los riesgos que ello conlleva, es el momento de tratar de sistematizar, sobre la base de los distintos criterios existentes, estas tipologías incardinadas en la cibercriminalidad. La historia del cibercrimen, que evolucionó de los primeros ataques a sistemas informáticos a las últimas formas de ciberterrorismo¹, ha sido tan rápida que nos demuestra que probablemente en esta misma relación estemos obviando algún nuevo comportamiento ilícito ya existente en Internet. Lo relevante ahora es tratar de sistematizar los que hasta el momento conocemos.

La doctrina ha tratado de sistematizar de muy diferentes formas los numerosos comportamientos ilícitos surgidos en el ciberespacio transnacional, popular y en permanente revolución². Esto ya ocurría cuando se utilizaba

¹ Véase desde los *white hat hackers* hasta el ciberterrorismo, el análisis de SCHELL, B. H., y MARTIN, C., *Handbook on cybercrime*, Santa Bárbara, ABC-CLIO, 2004, pp. 4 y ss.

² Así, una clasificación clásica, entre lo tipológico y lo legal, es la de Wall que diferencia entre *cyber-trespass*; *cyber-deceptions and thefts*; *cyber-pornography*; y *cyber-violence*. El *cyber-trespass* abarcaría el *hacking/cracking*, y consiste en la intromisión del sujeto en un ámbito del sistema informático donde imperan los derechos establecidos por su propio titular; el término *cyber-deception/thefts* describiría los diferentes tipos de ataque codicioso y englobaría las diferentes formas de fraude en el ciberespacio; *cyber-pornography* abarcaría, evidentemente, todas las infracciones penales relacionadas con la transmisión por Internet de contenidos ilícitos; y, por último, dentro de la categoría de *cyber-violence* se situarían todas las conductas como el *cyberbullying*, el *cyberstalking* o el *hate speech* en las que se causa un daño psicológico, o se incita al mismo, sobre una persona.

la denominación clásica de delitos informáticos. Entonces, la doctrina solía generalmente distinguir entre *computer* (después, Internet) *assisted crimes*, en los que las TIC son el medio que se utiliza para llevar a cabo el ataque, y *computer* (o Internet) *focused crimes*, aquellos en los que se ataca al sistema o a la red informática³. Esta sistematización sería equiparable a la que hoy en día se viene aceptando por la mayoría de los teóricos del cibercrimen, y que diferencia entre si el sistema informático es el «*target*» (objetivo), o más bien es la «*tool*» (herramienta) del ataque delictivo⁴. Con ella, en realidad, lo que se pone de manifiesto es que el cibercrimen lo es tanto cuando Internet, sus servicios o las terminales informáticas a él conectadas, constituye el objeto sobre el que se realiza el ataque, como cuando es el medio a través del cual se ejecuta la agresión. Se trata, por tanto, de una mera sistematización inclusiva y simbólica, más que de una clasificación que diferencie entre las tipologías de conductas por algún tipo de efecto asociado a cada una de ellas. En otras palabras: no se deriva ninguna consecuencia del hecho de que un cibercrimen lo sea por el medio utilizado o por el objeto contra el que se comete, pues en última instancia se trata de una sistematización tipológica que sirve para incluir conductas y no para separarlas.

Pese a ello, sin embargo, creo que es discutible en la actualidad la validez de esta clasificación tipológica de la cibercriminalidad dado que, a mi parecer y tomando en consideración los objetivos de la categoría, no todo ataque en el que el objetivo del mismo fuera un elemento de las TIC debiera formar parte del concepto global de cibercrimen. Me refiero especialmente a aquellas conductas no realizadas a través del ciberespacio en las que se atenta con-

WALL, D., «Cybercrimes and the Internet», en WALL, D. (ed.), *Crime and the Internet*, New York, Routledge, 2001, pp. 3 y ss. El propio Wall también estableció una diferenciación semejante a la que veremos ahora y que distingue entre *computer assisted crimes*, y *computer focused crimes*, pero con una tercera categoría que hace que se asemeje a la que aquí se va a defender. WALL, D. S., «The Internet as a Conduit for Criminals», en PATTAVINA, A., *Information Technology and the Criminal Justice System*, California, Thousand Oaks, Sage Publications Inc., 2005, pp. 78 y ss.; y también en WALL, D. S., «What are Cybercrimes?», *op. cit.*, p. 59, que discrimina entre *computer integrity crimes*, *computer related crimes* y *computer content crimes*. Los primeros serían aquellos delitos en los que se atenta contra la integridad de una red o un sistema (*hacking, cracking, cyber-vandalism, spying, denial of service*, infecciones de *malware*, etc.); los segundos, son aquellos en los que se usan los sistemas en red para engañar a las víctimas con intenciones ilícitas (fraudes informáticos en general, *phishing*, etc.); y la última categoría englobaría los delitos en los que se distribuyen contenidos por medio de redes, tales como la distribución de material pornográfico o la difusión por Internet de mensajes de odio racial. Se acerca bastante esta clasificación de la cibercriminalidad a la que voy a sostener más adelante, quizás con la esencial diferencia de que Wall implícitamente se está olvidando en la segunda categoría de muchos otros cibercrímenes, *cyberbullying, cyberstalking*, etc., que no entrarían en tal sistematización.

³ FURNELL, S., «Cybercrime: vandalizing the information society», *op. cit.*, p. 335.

⁴ CLOUGH, J., *Principles of Cybercrime*, *op. cit.*, p. 10, que añade una categoría que no sería, a mi parecer, cibercriminalidad, que es aquella en la que el uso del sistema informático es incidental y simplemente puede ayudar a la averiguación del delito. Como aquí se sostiene, si el ciberespacio no es el medio a través del cual se lleva a cabo el delito, éste no debe ser conceptualizado como cibercrimen.

tra algún elemento físico, aunque conectado a Internet, como una terminal informática o la información en ella contenida. Estos comportamientos no plantean los problemas que, como después se verá, se asocian a la cibercriminalidad, como la modificación de los parámetros espacio-temporales con la consiguiente transnacionalidad de las conductas, entre otros caracteres, y que inciden en las dificultades de persecución jurídico-penal junto con otras consecuencias para el sistema penal. Los mismos, por el contrario, estarán presentes siempre que el ciberespacio, como ámbito abierto derivado del uso de las TIC en general, y de las redes telemáticas (también las telefónicas) en particular, sea el medio a través del cual se lleva a cabo la infracción, por lo que debiera restringirse a éstos, que por otra parte son la inmensa mayoría y los que realmente son una subespecie criminológica y conllevan una problemática penal, la categorización de cibercriminalidad. Así, no entrarían dentro de la categoría de cibercrímenes los comportamientos del *insider* de acceder directamente, no por medio de ninguna red telemática, al ordenador de un compañero para dañar sus archivos o para recopilar información íntima de la persona o confidencial de la empresa, pues estas conductas no plantean problemas de transnacionalidad ni están caracterizadas criminológicamente como todas aquellas otras, también cometidas en algunos casos por *insiders*, llevadas a cabo por medio del ciberespacio. En otras palabras: en muchos casos las TIC serán el objetivo del ataque además de ser el medio por el cual el mismo se realiza, pero sólo si eso es así, si coincide en ese caso que Internet sea el medio además del objetivo, estaremos entonces ante un cibercrimen.

Otra interesante clasificación es la aportada por Kshetri que, desde una perspectiva de análisis económico, diferencia entre *predatory cybercrimes* y *market-based cybercrimes*⁵. Los primeros son aquellos actos ilegales en el ciberespacio en los que el cibercriminal intencionadamente daña la propiedad o la persona de alguien, entre los que incluye el robo de dinero de la cuenta bancaria o la infracción de la propiedad intelectual. La característica esencial desde la perspectiva económica es que estos comportamientos no conllevan la producción de nuevos bienes o servicios, sino simplemente una redistribución de los existentes⁶. Por el contrario los que el autor denomina *market-based cybercrimes* se caracterizan por generar nuevos valores económicos más que por redistribuir los existentes, y consisten en la realización de servicios consistentes en actividades criminales, tales como la venta de *software* malicioso, la venta de drogas *online* o la venta de información referida a tarjetas de crédito⁷. Aunque se trata de una interesante clasificación que pone de manifiesto que la economía existente en el mundo del cibercrimen

⁵ KSHETRI, N., *The Global Cybercrime Industry. Economic, Institutional and Strategic Perspectives*, Heidelberg, Springer Verlag, 2010, pp. 10 y ss., especialmente p. 13.

⁶ *Ibid.*, p. 13.

⁷ *Ibid.*

va mucho más allá de las presuntas pérdidas por robos a la banca electrónica, lo cierto es que la clasificación no nos sirve a los efectos que pretendemos de, por una parte, encuadrar todas las tipologías de comportamiento criminal en el ciberespacio existente y, por otra, aportar criterios de diferenciación entre ellas con la finalidad de comprender mejor la realidad criminológica y

Tabla 2.1. Modalidades de cibercrimen. Elaboración propia.

	<i>Ciberataques puros</i>	<i>Ciberataques réplica</i>	<i>Ciberataques de contenido</i>
CIBERCRÍMENES ECONÓMICOS	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Hacking</i> • <i>Malware</i> intrusivo • <i>Malware</i> destructivo • Ataques de <i>insiders</i> • Ataques DoS • <i>Spam</i> • Ciberocupación red • <i>Antisocial networks</i> 	<ul style="list-style-type: none"> • Ciberfraudes (<i>phishing, pharming, scam, auction fraud...</i>) • <i>Cyberspyware</i> (uso de <i>sniffers</i> y demás <i>spyware</i>, ciberespionaje de empresa) • <i>Identity theft</i> • <i>Spoofing</i> (<i>DNS spoofing, ARP spoofing, IP spoofing, web spoofing</i>) • Ciberblanqueo de capitales • Ciberextorsión • Ciberocupación 	<ul style="list-style-type: none"> • Distribución de pornografía infantil en Internet • Ciberpiratería intelectual
CIBERCRÍMENES SOCIALES		<ul style="list-style-type: none"> • <i>Spoofing</i> • <i>Cyberstalking</i> • <i>Cyberbullying</i> • <i>Online harassment</i> (ciberamenazas, coacciones, injurias, etc.) • <i>Sexting</i> (y extorsión con imágenes de <i>sexting</i>) • <i>Online grooming</i> 	
CIBERCRÍMENES POLÍTICOS	<ul style="list-style-type: none"> • Ataques DoS (<i>cyberwar</i>) • Ataques DoS (<i>Cyberhactivism</i>) • <i>Malware</i> intrusivo 	<ul style="list-style-type: none"> • Ciberespionaje terrorista • Ciberguerra 	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Online hate speech</i> • Ciberterrorismo (difusión de mensajes radicales con fines terroristas)

las necesidades preventivas de cada categoría de delitos dentro del general fenómeno del cibercrimen.

Partiendo de que el elemento común a todas las tipologías de conductas que situamos dentro del cibercrimen, es la utilización de redes telemáticas o sistemas de información y comunicación para su comisión o, en otras palabras, de que el ciberespacio es el ámbito en el cual las mismas se llevan a cabo, creo que es interesante realizar dos diferentes sistematizaciones de los cibercrímenes con dos finalidades distintas: en primer lugar, y para comprender las nuevas formas de comportamiento criminal surgidas en Internet debido al cambio tecnológico y sociológico producido en la sociedad de la información, diferenciaré tres tipos de cibercrímenes atendiendo al aspecto en que inciden las TIC en el comportamiento criminal. En segundo lugar, y en aras de identificar los ámbitos principales a los que afecta el cibercrimen y a encontrar para cada categoría por lo menos un ámbito de referencia en la criminalidad común en aras a la comprensión del fenómeno y a su mejor prevención, diferenciaré entre otras tres categorías de criminalidad en el ciberespacio atendiendo esta vez al propósito criminal con el que se actúa y al contexto de incidencia del ciberespacio al que afectan los delitos.

La unión de ambas sistematizaciones, que a continuación comentaré, da lugar a la tabla tipológica-criminológica de la delincuencia en el ciberespacio de la página anterior.

2. CLASIFICACIÓN ATENDIENDO A LA INCIDENCIA DE LAS TIC EN EL COMPORTAMIENTO CRIMINAL

El concepto amplio de cibercriminalidad que se ha sostenido aquí nos permite incluir muchas modalidades de comportamientos ilícitos en el ciberespacio que se pueden sistematizar atendiendo al papel que las TIC desempeñan en el acto criminal. Aunque el principal objetivo de esta clasificación es esencialmente el de enumerar todas las formas de ataque existentes en la actualidad en el ciberespacio, la configuración de las mismas en tres grandes bloques de tipologías de conductas si atendemos al papel que las TIC, o el ciberespacio como ámbito de desarrollo de las mismas, desempeña en el acto, nos permitirá, además, una mejor visión de la problemática global de la cibercriminalidad al ver las distintas formas en las que Internet y las tecnologías a él asociadas han influido en la aparición de una nueva forma de criminalidad. Así, la observación de la realidad criminológica nos enseña en primer lugar que el ciberespacio se ha convertido en algunos casos en un ámbito auténticamente generador de nuevas conductas delictivas cuando las TIC son la única forma de realización de la infracción; en otros, en cambio, la irrupción del «nuevo espacio» no ha supuesto la aparición de nuevas formas puras de delincuencia, sino de réplicas de otras ya existentes que cambian sus caracteres básicos al llevarse a cabo en el nuevo ámbito virtual;

y, por último, el ciberespacio de sistemas conectados en redes también ha potenciado la importancia de los contenidos al facilitar enormemente su difusión global, lo que ha generado todo un conjunto de conductas en las que la ilicitud no estriba más que en la difusión o acceso a determinadas formas de información ilícita o socialmente considerada peligrosa⁸.

Se trata, al igual que las sistematizaciones que hemos desechado y de otras muchas, de una clasificación de carácter débil, en cuanto que la misma debe servir sólo para incluir conductas dentro del ámbito de la cibercriminalidad, pero no para extraer consecuencias de ningún tipo del hecho de la pertenencia de cada infracción a una u otra categoría. Es cierto, en todo caso, que todas las categorías, al estar unidas por el ámbito en el que se comete la conducta delictiva tendrán caracteres comunes, pues cada categoría, por la forma de incidencia de las TIC en la esencia de la conducta criminal, planteará particulares problemas criminológicos y penales.

Así, en el caso de los que denominaremos «ciberataques puros» (por ser únicamente posibles en el ciberespacio), la problemática más propia se derivará de la total novedad de los comportamientos, con la consiguiente falta de estrategias preventivas de carácter criminológico frente a ellas, así como de la inexistencia de preceptos que permitan la incriminación de los mismos. En el caso de la categoría a la que nos referiremos como «ciberataques réplica» (en la que el ciberespacio es el nuevo medio desde el que realizar delitos tradicionales), el problema será la potenciación del riesgo para los intereses sociales que se deriva del nuevo medio, vasto e inmenso como es el ciberespacio, en el que se ejecuta la infracción, así como la dudosa capacidad de los tipos penales existentes para dar cabida a conductas similares en lo injusto pero cambiantes en su forma de realización. Por último, las infracciones denominadas «cibercrímenes de contenido», plantean dificultades propias relacionadas tanto con la dificultad de prevenir la mera difusión de contenidos en el ciberespacio, como con la compleja cuestión de atribuir responsabilidad a todos los intervinientes en tal proceso.

Todas ellas, como se ha dicho, plantean problemas comunes que serán analizados posteriormente. Es momento éste, sin embargo, de identificar las diferentes modalidades de cibercrímenes, situándolas en estas tres categorías definidas al efecto.

2.1. Ciberataques puros

El ciberespacio como ámbito de unión de las TIC ha supuesto la aparición de nuevos objetos y bienes socialmente valiosos, así como de nuevos servicios con valor económico y social. En relación con ellos, aparecen nuevas relaciones sociales, novedosas conductas que adquieren sentido sólo en

⁸ WALL, D. S., «What are Cybercrimes?», *op. cit.*, p. 59.

ese ámbito que es Internet. A los efectos que nos interesan, lo que esto supone es el surgimiento en Internet de todo un conjunto de conductas ilícitas en Internet, de infracciones que pueden considerarse totalmente nuevas al estar caracterizadas por dirigirse contra los nuevos servicios, los nuevos bienes, o las terminales que operan en el ciberespacio⁹. Se trata, por tanto, de cibercrímenes puros, de los únicos que podrían ser denominados como tales en el caso de que la condición de pertenencia fuera que solamente deben ser posibles en el ciberespacio. Y esto es así porque en ellos las TIC no sólo constituyen el medio comisivo de tales ataques, sino que son el único posible, en cuanto que son medio y objetivo, y no es posible producir la esencia de ilicitud de estas infracciones si no es en el ciberespacio.

2.1.1. El hacking

Entre estas infracciones podríamos incluir, en primer lugar, el *hacking* o acceso ilícito a sistemas informáticos, que en otras clasificaciones se suele considerar además, una concreta modalidad de un grupo de ataques más genérico, denominado en terminología de la comunidad informática *data breaches* o violación de datos, consistente en cualquier forma de destrucción, modificación o acceso a datos de empresas (generalmente se utiliza en este sentido) o de particulares. Según el estudio efectuado por Verizon Business RISK team en el año 2010 sobre la violación de datos en Estados Unidos, casi el 50 por 100 de ese tipo de ataques se realiza por medio de una acción desleal, generalmente de un *insider* que aprovecha su posición en la empresa para dañarla o vender la información a otros. Junto con esta forma de realización de la violación de datos también encontramos un 40 por 100 de acciones que son resultado del *hacking* y un 38 por 100 en las que se utiliza *malware*, entre otras¹⁰. Generalmente los *data breaches* se realizan como forma de espionaje informático y entrarían ya, pues, en el otro tipo de ataques.

Podríamos describir el *hacking* como cualquier conducta por la cual un sujeto accede a un sistema o equipo informático sin autorización del titular del mismo, de una forma tal que tiene capacidad potencial de utilizarlo o de acceder a cualquier tipo de información que esté en el sistema. El *hacking*,

⁹ Respecto a estas últimas es cierto que si existieran las terminales y no Internet sería posible el ataque a las mismas de forma física, como en las primeras formas de daños antes de la irrupción del ciberespacio, lógicamente siempre que haya un contacto previo de algún elemento informático con el terminal objetivo. Sin embargo creo que si no existiera el ciberespacio universal y popularizado, la infección de virus y demás ataques a terminales no tendría el mismo sentido ni significación que tiene en la actualidad, por lo que me parece más acertado situar tales conductas como ciberataques puros que como réplica.

¹⁰ BAKER, W. *et al.*, «2010 Data Breach Investigations Report. A study conducted by the Verizon RISK Team in cooperation with the United States Secret Service», 2010. En Internet, en http://www.verizonbusiness.com/resources/reports/rp_2010-data-breach-report_en_xg.pdf (última visita el 29 de noviembre de 2010, p. 6).

en este sentido amplio, es la actividad de los *hackers* consistente en la superación de cualquier barrera informática, bien sea para el acceso a un sistema, bien para la configuración de una determinada programación funcional, etc. En sentido estricto, en cambio, es equivalente a otro término generalmente utilizado, el intrusismo informático, que pone el acento en que tal conducta conlleva la violación de una esfera de exclusividad reservada al titular del sistema, haya o no haya en ella información privada o confidencial. No es necesario, pues, para que haya *hacking* informático entendido en sentido estricto, que el sujeto que lo lleva a cabo llegue hasta archivos, datos o programas del sistema, si bien por la propia configuración de los sistemas informáticos este resultado acabará dándose en la mayor parte de las ocasiones. Así pues, y como se explicará después al hablar de los cibercriminales, se puede hablar de *hacking* en su forma de *hacking* blanco en el que el propósito del *hacker* es simplemente el de acceder al sistema o a sus datos e información, pero sin ningún propósito de sabotaje o utilización posterior de la información, o en su forma de *cracking*, en la que el *cracker* accede al sistema para realizar cualquier tipo de daño al sistema, a los elementos que él contiene, o a su titular al adquirir, eliminar o modificar información del mismo ¹¹.

El *hacking* en el sentido estricto que ahora nos interesa, de acceso a los sistemas informáticos, se puede llevar a cabo de muy distintas formas, si bien generalmente, el modo de proceder consiste en la búsqueda de vulnerabilidades en los sistemas informáticos derivadas de una deficiente programación, de un cambio tecnológico que hace obsoleta la formulación binaria existente, o incluso, en la búsqueda y uso de las puertas que involuntariamente el propio titular del sistema informático o cualquiera de los múltiples sujetos que interaccionan con él pueden haber dejado abiertas. En todo caso, el *hacking* es siempre, por su propia naturaleza, un acceso remoto, esto es, realizado a distancia por el sujeto que, normalmente a través de Internet, se entromete en un sistema sin tener contacto físico con él. No es *hacking* propiamente dicho el acceso directo, en la propia terminal, y no autorizado a un sistema informático. Este comportamiento, usual en el ámbito familiar o laboral y generalmente realizado para obtener información sensible que puede estar contenida en el sistema, no puede considerarse *hacking* a efectos criminológicos, puesto que sus características de riesgo son distintas a las del acceso informático ilícito realizado en el ciberespacio. Es evidente, en todo caso, que tal forma de *hacking* cuyo análisis no interesa aquí, sí constituirá un acceso ilícito a un sistema informático conforme a la regulación jurídica de la mayoría de los países.

¹¹ Es la diferencia entre el *white hat hacking* y el *black hat hacking* o, respectivamente, *hacking* y *cracking* conforme a una terminología que ha tenido éxito en España y que también es aceptada por autores como WALL, D. S., «What are Cybercrimes?», *op. cit.*, p. 59. Sobre ello véase en profundidad el análisis criminológico de los *hackers* en cap. I.3.1.2, y su tipificación tras la reforma en cap. VI.

Por último, el *hacking* lo es en cuanto existe una intromisión o acceso a un sistema informático ajeno. No hay *hacking*, por el contrario, cuando el sujeto utiliza determinados programas informáticos para extraer información del sistema, pero sin que pueda decirse que el *hacker* haya tenido ningún tipo de acceso real al sistema. Es decir, que independientemente de que haya habido o no acceso a los datos, lo relevante para que podamos decir que el tipo de ciberataque que se ha cometido es *hacking*, es que haya existido una entrada no autorizada en el sistema ajeno, no bastando con que debido a la introducción de algún *malware* u otro tipo de rutina sea el propio sistema el que envíe información al *hacker*.

El *hacking* apareció en el mismo momento en que surgieron los sistemas informáticos, siendo al principio, y en algunos sistemas operativos todavía ahora, una forma de comportamiento imprescindible para lograr la evolución del sistema¹², descubriendo sus carencias o sus posibilidades y haciéndolo más seguro o más abierto, según las preferencias y necesidades. Con el paso del tiempo, sin embargo, se ha ido asociando socialmente la idea de *hacking* a la propia cibercriminalidad. La razón es que si bien no todo *hacking*, como se vio anteriormente, es *cracking*, esto es, se realiza en el marco de una actividad criminal como acto preparatorio para la posterior realización de un ataque que consista en el robo de información, el daño del sistema, o el fraude directo; el mero hecho de negar la exclusividad en el acceso al sistema privado, implícito al *hacking*, pone en riesgo el propio valor de los sistemas informáticos como instrumentos para la recopilación, ordenación y transmisión de información dirigida desde el ámbito personal o empresarial, privado. En efecto, junto al *cracking* llevado a cabo por quienes acceden al sistema con propósitos criminales, se distingue tradicionalmente el *hacking* puro o blanco en el que el propósito se agota en el propio acceso. En este último, la acción se agota en el propio hecho de salvar las barreras de protección existentes, hasta el punto de que en muchos casos es el propio *hacker* el que comunica a los titulares del sistema que existen vulnerabilidades que le han permitido entrar en el mismo. Pero, como se ha dicho, todo *hacking* implica una intromisión no autorizada y por ello, un acto de negación de la esfera de decisión de sujetos privados cuya seguridad es esencial para que Internet se convierta en un medio de comunicación y de transmisión de información universal.

Precisamente por ello, Internet, la herramienta tecnológica que ha abierto más posibilidades para el *hacking*, se ha acabado convirtiendo de algún modo

¹² En este sentido, es interesante la intervención de *hackers* en la evolución de Internet, tal y como relata, ROSENZWEIG, R., «Wizards, Bureaucrats, Warriors, and Hackers: Writing the History of the Internet», en *AHR*, vol. 103, núm. 5, diciembre de 1998, pp. 1530 y ss., especialmente pp. 1542 y ss. Véase también sobre estos aspectos, el documentado y apasionado escrito de LEVY, S., *Hackers. Heroes of the computer revolution*, O'reilly Media, Sebastopol, California, 2010, pp. 11 y ss.

en la sentencia de muerte del *hacking* puro o blanco. En el esquema de ciberespacio abierto, pero también seguro para los sistemas que interaccionan en él, en el que pretende convertirse la Red de redes, la intromisión en sistemas ajenos no tiene cabida, cuanto menos en el marco de la legalidad. Prácticamente todos los países que han legislado sobre cibercriminalidad han acabado incluyendo en sus sistemas jurídicos una sanción, generalmente de carácter penal, para quienes lleven a cabo las conductas de *hacking*. El *hacking* como actividad idílica de superación de barreras informáticas mediante la comprensión total del medio para la creación de un ciberespacio libre y abierto, queda ya sólo para sistemas operativos de *software* abierto o para otros, pero siempre de forma concertada con los propios operadores del sistema, pues en caso contrario, se entra en el ámbito de la ilegalidad. En otras palabras, la consideración normativa de que todo *hacking* es *cracking* que se ha producido en muchos países, y entre ellos en España¹³, puede llevar, como se analizará más adelante¹⁴, a la desaparición de una forma de proceder en Internet que ha sido esencial para la creación y consolidación del sistema¹⁵, pero que parece incompatible, cuanto menos en el plano de lo formalmente aceptado, con la necesidad de transmitir a los principales actores del medio la fiabilidad del mismo.

Las primeras formas de comportamiento ilícito relacionado con los sistemas informáticos, las que se llevaron a cabo incluso cuando Internet aún no existía como tal, las protagonizaba el *hacker*, aquel sujeto con conocimientos informáticos avanzados (en un momento en el que nadie parecía tenerlos) que vivía aislado socialmente y que encontraba en el acceso a otros sistemas un reto personal y un puro «divertimento». Ese *hacker* casi cinematográfico, que no se correspondía en realidad con los *hackers* que habían ayudado a convertir ARPANET en Internet¹⁶, no era definido socialmente como un criminal, sino que, ya por gozar de conocimientos que los demás no tenían, ya por su actitud esencialmente intrusiva pero carente de intención de causar perjuicios, era visto como alguien en todo caso inadaptado, pero que no ponía en riesgo bienes esenciales de la sociedad, hasta el punto de que para algunos, de forma intuitivamente correcta, era más bien un elemento esencial para el desarrollo del sistema.

Sin embargo, la popularización de Internet y de las TIC, y la aparición de una generación completa que ha vivido ya en el uso de estas tecnologías, ha

¹³ Véase, sobre la nueva regulación del *hacking* en el sistema penal español, MIRÓ LLINARES, F., «Cibercrímenes económicos y patrimoniales», en ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (dir.), *Memento práctico penal y económico de la empresa 2011-2012*, Madrid, Francis Lefebvre, 2011.

¹⁴ Véase *infra* cap. IV.1.2.

¹⁵ Véanse en este sentido las reflexiones de NISSENBAUM, H., «Hackers and the contested ontology of cyberspace», en *NMS*, núm. 6, 2004, pp. 195 y ss., y 205 y ss., especialmente donde señala que marginar a los *hackers* supondría, no sólo perder su visión sobre el ciberespacio y el uso de las tecnologías de la información, sino también sus múltiples contribuciones técnicas para el desarrollo informático.

¹⁶ LEVY, S., *Hackers. Heroes...*, *op. cit.*, pp. 11 y ss.

llevado, por una parte, a una relativización de la significación del *hacker*, que ya no es uno entre millones sino tan sólo entre miles; y por otra, a una mayor preocupación por la seguridad de los sistemas informáticos y por tanto, a una desvalorización social de todas aquellas conductas que parecen ponerlos en riesgo. Si a esto unimos el impacto de la globalización de la cibercriminalidad y de sus efectos, y el hecho de que muchas de las mafias organizadas que lideran dichas actividades delictivas utilizan *hackers* (más bien *crackers*) para acceder a sistemas informáticos ajenos con fines diversos pero siempre nocivos, puede entonces entenderse que la imagen idealizada del *hacker* se haya desmoronado.

De este modo, la popularización de Internet y su institucionalización como lugar para la comunicación global en términos sociales y económicos, pese a parecer un lugar idílico para el *hacker*, va a acabar llevándole a su desaparición, a la muerte de la idea romántica del acceso lícito. Pues si bien los *hackers* existirán siempre, desde el momento en que sea tan delictivo acceder a un sistema como entrar en él para dañarlo, la diferenciación entre *hackers* y *crackers* carecerá de sentido por lo menos en el plano legal, no siempre buen receptor de las realidades sociales que trata de regular.

2.1.2. *Infecciones de malware y otras formas de sabotaje cibernético*

Uno de los principales riesgos que, para particulares y, muy especialmente, para empresas, conlleva el acceso al ciberespacio por medio de sistemas informáticos, es el de sufrir lo que se ha venido denominando «sabotaje informático», incluyendo a su vez en él tanto los comportamientos, ya conocidos y asumidos como comunes en el entorno virtual, consistentes en el envío a través de redes telemáticas de virus informáticos que aprovechan la inmensidad de la Red para multiplicarse y acceder a miles de terminales, como cualesquiera otras formas de destrucción de archivos o datos de terminales concretos y determinados, con fines industriales o de daño individual¹⁷.

Íntimamente relacionado con este sabotaje informático debemos identificar el sabotaje cibernético, por otros denominado cibervandalismo¹⁸, in-

¹⁷ A la definición de ROMEO CASABONA, C. M., «Los delitos de daños en el ámbito informático», en *CPC*, núm. 43, 1991, p. 91, del sabotaje informático como «la destrucción o inutilización del soporte lógico o físico de un ordenador con el fin inmediato de imposibilitar la utilización de la información procesada o almacenada», en la que, como señala GONZÁLEZ RUS, J. J., «Naturaleza y ámbito de aplicación del delito de daños en elementos informáticos (art. 264.2 del CP)», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; ROMEO CASABONA, C. M.; GRACIA MARTÍN, L., e HIGUERA GUIMERÁ, J. F. (eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 1282, se sitúa como elemento central de la conducta que la misma incide, directa o indirectamente, en elementos lógicos; habría tan sólo que añadir, para poder hablar de la conducta como un cibercrimen, el que tal destrucción se realice en el ciberespacio o, en otros términos pero en idéntico sentido, a través de Internet.

¹⁸ Hay que tener en cuenta, sin embargo, que el término *cybervandalism* no siempre se utiliza en el sentido que en nuestro ámbito le solemos dar al concepto de sabotaje informático y que abarca

clusivo de aquellos ataques a los sistemas informáticos a su información, a las redes de comunicación o a los servicios de Internet, caracterizados por su realización a través del ciberespacio y que es el que aquí nos interesa. También es, sin lugar a dudas, el que representa una auténtica amenaza en la actualidad. Al fin y al cabo, es el hecho de que los sistemas informáticos estén conectados entre sí en un ciberespacio transnacional y universalizado, lo que acrecienta el riesgo de que se produzcan daños al sistema o a los datos en él contenidos.

Así, la conexión de un sistema informático a Internet supone generalmente la puesta en riesgo de recursos propios. Un riesgo que evidentemente es asumido, puesto que una de las bases del ciberespacio es el carácter abierto de sus recursos a la vez que el carácter cerrado y privado de los sistemas que acceden a los mismos. Y un riesgo que es inherente al propio funcionamiento del sistema de intercomunicación social y económica que es el ciberespacio: los sistemas informáticos que se conectan a las redes suelen estar repletos de información que puede tener un valor económico o personal, además tales terminales son económicamente evaluables y, por último, la actividad económica en Internet exige la operatividad de los sistemas en red para el ejercicio de sus funciones. En otras palabras, el sabotaje cibernético puede afectar bien a los propios sistemas informáticos y demás elementos de *hardware* que lo conforman y que son evaluables económicamente; bien a la información contenida en los citados sistemas y que puede tener un valor económico o personal, en el sentido sentimental y relacionado con su propia dignidad, para el sujeto pasivo; o bien a la propia funcionalidad del sistema informático en el marco de la actividad económica de que se trate.

Y no hay que olvidar, como se ha avanzado, que no son los datos y las terminales los únicos posibles objetivos de sabotaje dentro del ciberespacio. Las redes telemáticas y los servicios de la Sociedad de la Información pueden tener en la actualidad muchísimo más valor que los datos que transitan por los mismos. Hoy en día ya no sólo es posible la destrucción de la información, sino también la paralización de la difusión de la misma, lo cual obviamente supone la neutralización funcional de los servicios relacionados. Este tipo de sabotaje, también ayudado por la infección de *malware*, preocupará cada vez más a la sociedad conforme se vayan trasladando al ciberespacio servicios públicos y privados que hasta el momento únicamente se ofrecían en el espacio físico.

todas las formas de destrucción de datos y sistemas informáticos, sino que en ocasiones se utiliza tal término para hacer referencia a conductas que aquí integraremos dentro del *hacktivismo* y que están más cerca del gamberrismo y de las acciones protesta en el ciberespacio que de la causación de daños.

2.1.2.1. *Malware*

La más popular de las formas de sabotaje cibernético es la que se lleva a cabo mediante la infección de virus destructivos que se debe considerar, a su vez, como una tipología del más general comportamiento de distribución de *malware* o *software* malicioso destinado a dañar, controlar o modificar un sistema informático. Desde su aparición en los años setenta, los virus se han acabado convirtiendo en un fenómeno casi natural en el ciberespacio, si bien en los últimos años, conforme la interconexión de sistemas en Red se ha ido popularizando, ha habido un crecimiento exponencial, pasando de los más de dos mil virus que se calculaban en el año 2000 (con algunos de los más conocidos como el Melissa o el Love bug), hasta los 137.000 en 2003. En la actualidad se calcula que son millones los ordenadores infectados por todo tipo de *malware*¹⁹. Además no sólo aumentan los virus, sino que, al igual que el ente biológico, también cambian adaptándose a las nuevas necesidades. En la evolución de los tipos de *malware* y de su funcionamiento se observa perfectamente la característica citada del ciberespacio de «sujeto a revolución permanente», hasta el punto de que cuando se publique esta monografía muchos de los aquí contenidos apenas tendrán ya importancia y algunos que la tendrán no habrán sido reflejados²⁰.

Dentro del *malware* hay distintas modalidades de *software* con objetivos muy distintos, desde los que tratan de destruir el sistema o su información como los virus y algunos tipos de gusanos (*worms*) o troyanos (*trojans*), pasando por los que permiten el acceso remoto del sistema informático a través de la Red como los *botnets* o los *rootkits* que esconden el *software* malicioso o permiten el control del sistema, hasta los *keystroke loggers* o *spyware* que capturan información de los sistemas informáticos²¹. También podría añadirse aquí el denominado *adware*, menos nocivo que todos los anteriores pero de algún modo también molesto, pues se trata de programas anexos que en realidad espían nuestros hábitos en Internet (qué páginas visitamos, cuándo nos conectamos, qué programas nos bajamos, etc.).

Las primeras formas de sabotaje a través del ciberespacio, surgidas en los años ochenta, pero popularizadas y convertidas en amenaza grave a partir de

¹⁹ HOAR, S. B., «Trends in Cybercrime: The Darkside of the Internet», en *Criminal Justice*, vol. 20, núm. 3, 2005, pp. 5 y ss.

²⁰ Un ejemplo de esto lo constituyen los denominados ataques de *dialers*, *software* malicioso cuya función consistía en tomar el control del módem *dial-up* para realizar desde ahí una llamada a un número de teléfono de tarificación especial en el que se dejaba la línea abierta y se le cargaba el coste de dicha llamada. Dado que las actuales conexiones a Internet son mediante ADSL, este tipo de virus prácticamente ha desaparecido.

²¹ OECD, *Malicious Software (Malware): A Security Threat to the Internet Economy*, OECD, junio de 2008, p. 15. Sobre el *spyware* volveré más adelante cuando analice en la tercera tipología de conductas estos ataques con más profundidad.

los noventa²² y que siguen vigentes en la actualidad, consistían en un tipo de *malware* muy dañoso pero que ha ido perdiendo protagonismo en los últimos años. Se trata de los virus destructivos que se propagan de un sistema informático a otro, y que tienen incidencia en los propios sistemas y en la información en ellos contenida. La infección de un sistema informático con un virus puede suponer la propia destrucción de elementos de *hardware* básicos del mismo, con el valor económico que los mismos pueden llegar a tener; pero, sobre todo, puede afectar, en el sentido de dañar, alterar o suprimir, a la información contenida en el sistema. Los sistemas informáticos sirven para ordenar, almacenar, procesar y transmitir información, siendo millones las terminales conectadas a Internet que contienen innumerables archivos y datos que pueden tener, un valor sentimental o personal, no evaluable económicamente en el sentido de ser bienes sustituibles por otros en el mercado (aun funcionalmente), o un valor económico derivado del propio esfuerzo que ha supuesto su producción y del valor potencial que en sí misma tiene en el mercado. En ambos casos, en el del daño moral y el daño patrimonial según el valor personal o económico de la información alterada o suprimida, el sabotaje cibernético afecta a los titulares de dichos valores. En ambos casos además, el sabotaje supone la negación de la seguridad en el ciberespacio, al transmitir tales comportamientos la información de que todo *hardware* y *software* está sometido al riesgo de daño en la Red.

Como se ha dicho, los riesgos para la información devienen en gran parte de la amenaza de tal forma de *malware* destructivo. Son millones las personas e instituciones que han perdido informaciones valiosas (personal o económicamente) a causa de un archivo enviado remotamente y en muchos casos de forma aleatoria y expansiva, de modo que los primeros infectados y afectados reenvían involuntariamente a otros por medio del correo electrónico el *malware* malicioso, creándose una cadena destructiva que puede causar pérdidas millonarias. La mejora de los sistemas de seguridad y su popularización a nivel empresarial y particular, unida al cambio de la configuración del *malware* que actúa ahora menos con propósito destructivo y se caracteriza más por incorporar *backdoors* y otras formas de acceso para el posterior espionaje o fraude, ha reducido, aunque sea mínimamente, la significación de los daños en archivos, datos y programas. Y aunque la amenaza sigue siendo importante debido a que la creación de virus es una de las formas de evolución de los sistemas de protección, recientes estudios criminológicos ponen de manifiesto que la incidencia real de estos programas para empresas, gobiernos y particulares ha sido exagerada y no es tan grave en la actualidad²³.

²² HUGHES, L. A., y DELONE, G. J., «Viruses, worms...», *op. cit.*, p. 79.

²³ *Ibid.*, pp. 78 y ss. A partir de la pregunta de si algunas de las formas de *malware* actuales suponen un «*major threat*» o tan sólo una «*minor irritation*», los autores del estudio analizan más de novecientos informes de ataques observados por una empresa de productos de seguridad infor-

La auténtica amenaza que supone en la actualidad la infección de *malware* no deriva tanto del sabotaje a los sistemas o a los datos y las pérdidas que ello puede conllevar, como de la posible pérdida de control para el titular o, mejor, de la adquisición de poder externo sobre el sistema que puede lograr el *hacker* gracias a la infección con un virus informático. Hoy el envío de *malware* para la infección de un sistema suele ser un paso rutinario dentro de una dinámica compleja definida para lograr objetivos generalmente consistentes en la defraudación económica. En otras palabras, el envío de *malware* en la actualidad no es más que un comportamiento inicial necesario para la realización del ataque final consistente en una agresión al patrimonio o a la intimidad de los usuarios. De hecho los últimos estudios demuestran que ése es ya el principal tipo de virus existente: troyanos, gusanos, *backdoors* y demás, todos los cuales tratan de permitir la posterior entrada en el ordenador o su control futuro creando vulnerabilidades que sean aprovechadas posteriormente por los *hackers*. Los usos que se le dan al sistema infectado, luego, pueden ser variados: desde constituir el propio objeto del ataque al abrir el *malware* una puerta para el *hacking*, pasando por su utilización para que el sistema envíe información para su propia victimización, hasta su uso como terminal desde la que realizar futuros envíos de *malware* para la infección de otras terminales.

Esto ocurre especialmente en el caso de los ataques de *botnet*, en los que se infecta con *backdoors* un conjunto de sistemas (*bots*) que pasan a ser controlados por un único usuario (*botmaster*)²⁴. Una *botnet* puede ser instruida por su controlador para realizar funciones de muy diverso tipo²⁵, entre las que destacan los ataques de denegación de servicio que después analizaremos, situar en el sistema el *hosting* o alojamiento de webs maliciosas dedicadas al blanqueo de dinero, la realización de fraudes por medio de *phishing* o la distribución de pornografía infantil, la realización de actividades de escaneo de sistemas y webs vulnerables para la realización de otras conductas delictivas, o el envío de gran número de correos electrónicos no solicitados (*spam*)²⁶. Este tipo de infección está creciendo, y significativamente, hasta el punto de que durante el segundo trimestre de 2010 Microsoft confirmó la reparación de 6,5 millones de ordenadores in-

mática y analizan tanto los sistemas afectados por cada uno de ellos, la gravedad que han supuesto, como las posibles razones de la misma. La conclusión del estudio es que la mayor parte de los virus apenas causan daños significativos, no llegan a expandirse por la Red, y son fáciles de contener. Por el contrario hay otros ataques, especialmente aquellos que permiten el acceso no autorizado y que tratan de robar información esencial de empresas o particulares, que son mucho más perjudiciales y que amenazan seriamente la seguridad.

²⁴ Sobre los *botnets* véase especialmente CHOO, K. K. R., «Zombies and Botnets», en *TICCJ*, núm. 233, Canberra, 2007, p. 4.

²⁵ PINGUELO, F. M., y MULLER, B. W., «Virtual Crimes, Real Damages: a Primer on Cybercrimes in the United States and Efforts to Combat Cybercriminals», en *VJLT*, vol. 16, núm. 1, primavera 2011, p. 133.

²⁶ CHOO, K. K. R., «Zombies and Botnets», *op. cit.*, pp. 2 y ss.

fectados como *bots*, el doble de lo que había reparado durante el segundo trimestre de 2009²⁷.

2.1.2.2. Sabotaje de *insiders*

Tampoco todas las formas de sabotaje de *insiders*, aunque sí las realizadas a través de las redes telemáticas, se pueden considerar sabotaje cibernético, pese a que sea ésta, junto a los virus, la otra forma común de daño de archivos, más que la, también posible de borrado y destrucción directa por parte de un *cracker*. Se trata de la conducta del *insider* o persona que trabaja (o trabajaba pero aún tiene acceso a los sistemas) en la empresa o institución víctima, y aprovecha su posición para, como venganza o motivos similares, destruir la mayor cantidad posible de información.

2.1.2.3. Ataques DoS

Ya se ha resaltado que no es la información el único valor o bien relacionado con el uso de los sistemas informáticos que, como hemos visto, puede ser «dañado» en Internet. La función del sistema informático, de forma separada al *hardware* que lo contiene o al *software* y archivos que lo conforman, también tiene un valor económico por sí misma, de tal modo que tanto se daña al titular de un sistema informático cuando se suprimen archivos valiosos del sistema, como cuando se le impide realizar las funciones informáticas a las que le destina el titular. Así, la inutilización de un sistema informático por el motivo que sea, también debe valorarse como una pérdida en sentido económico. Y la importancia económica de la funcionalidad de los sistemas se ha ido acrecentando conforme los mismos han dejado de desempeñar como principal función la de archivo y ordenación de la información, y ha comenzado a ser el centro de muchos sistemas informáticos la transmisión de la información. Internet ya no es tan sólo una forma de comunicación entre personas, sino que ha pasado a ser un mundo virtual de actividad económica, lleno de servicios de todo tipo que, en el caso de ser dañados, pueden conllevar un enorme perjuicio patrimonial para el particular.

Si bien es cierto que el daño a la funcionalidad del sistema era ya una consecuencia indirecta de los ataques de virus o de los *insiders* que al destruir la información producían en muchos casos una paralización del sistema, en la última década ha comenzado a generalizarse una forma de ataque directo a este valor económico que, generalmente, se dirige hacia algunos prestadores

²⁷ CLABURN, T., «Microsoft Finds U.S. Leads in Botnets», en *Information Week*, 14 de octubre de 2010. En Internet, en http://www.informationweek.com/news/security/vulnerabilities/showArticle.jhtml?articleID=227800051&c id=nl_IW_daily_2010-10-15_html (última visita el 19 de junio de 2012).

de servicios en Internet, pero que puede afectar casi a cualquier sistema del ciberespacio. Se trata de los ataques de denegación de servicios, correspondiente castellano del término inglés *Denial of Services* (DoS), consistentes en la utilización de técnicas, en ocasiones bastante primitivas y en otras más depuradas, para cargar los recursos del ordenador objetivo y producir la negación de acceso del servidor a otros sistemas informáticos²⁸.

Los ataques de denegación de servicio se popularizaron a partir de febrero de 2000, cuando se produjo un conjunto de ataques que incapacitaron páginas web comerciales muy conocidas en Internet, tales como Yahoo, Ebay o Etrade; y posteriormente en enero de 2001 el propio servidor de Microsoft fue inutilizado por un ataque similar²⁹. La difusión que tuvieron en todo el mundo estas noticias explica uno de los principales objetivos que suele estar detrás de un DoS: dañar la reputación de las empresas que ofrecen servicios en Internet, impidiendo el correcto funcionamiento de sus actividades³⁰, o incluso como forma de perjudicar a un competidor en algún tipo de servicio en Internet³¹. En los últimos años, sin embargo, también se han utilizado este tipo de ataques con finalidades de *hacktivismo* político³², esto es, de difusión de mensajes de protesta en Internet generalmente dirigidos contra organismos o Estados que, según las comunidades de usuarios de Internet, ponen en riesgo la idea del ciberespacio abierto que ellos defienden³³. En

²⁸ SINROD, E. J., y REILLY, W. P., «Cyber-crimes a practical approach to the application of federal computer crime laws», en *CHTLJ*, vol. 16, p. 4.

²⁹ MOORE, D.; VOELKER, G. M., y SAVAGE, S., «Inferring Internet Denial-of-Service Activity», en *ACM*, vol. 24, núm. 2, 2006.

³⁰ Éste podría ser el caso del ataque que recibió en España el blog de *software* Genbeta por negarse a retirar un artículo en el que se advertía del riesgo de determinados mensajes en el programa de mensajería instantánea Messenger que servían para el posterior perfeccionamiento de estafas informáticas. Posteriormente otro blog, Menéame, al publicar la citada noticia también recibió un ataque de DoS.

³¹ El competidor es el que contrata a los *hackers* (en este caso *crackers*) para que impidan el acceso a la web rival.

³² El *hacktivismo* político es definido por Samuel como una nueva forma de protesta social en la que se utiliza Internet como herramienta para el cambio político. SAMUEL, A. W., *Hactivism and the Future of Political Participation*, tesis doctoral presentada para el doctorado en la Harvard University Cambridge, Massachusetts, septiembre de 2004, p. 8. Por su parte Caltagirone lo define como el uso de las TIC para promover una causa política mediante la utilización no autorizada y/o la interrupción de un servicio informático, CALTAGIRONE, S., *A Practical Ethical Assessment of Hactivism*, en Internet en http://www.classstudio.com/scaltagi/graduate_papers.html (última visita el 24 de septiembre de 2012); quien señala además que los ataques de DoS son una de las formas comunes de *hacktivismo*.

³³ El ejemplo más reciente y más conocido de este fenómeno es el del grupo de ciberactivistas denominado Anonymous que opera desde el portal americano 4chan, y que en su iniciativa llamada *operación Payback* atacó distintas páginas web relacionadas con las empresas de contenidos musicales y similares y las entidades de gestión de los derechos sobre los mismos. Así, el 17 de septiembre de 2010, este grupo inició su ciberprotesta impidiendo el acceso a las webs de la RIAA (Asociación Americana de la Industria Musical) y de la MPAA (Asociación Americana Cinematográfica), en respuesta a los supuestos ataques de DoS que estas mismas empresas habían contratado para que se realizaran sobre páginas web dedicadas al intercambio gratuito de archivos. Posteriormente, el

esos casos el daño económico del ataque puede ser leve e incluso inexistente, al ser el auténtico objetivo el «hacerse notar» cerrando algún tipo de web institucional conocida.

El objetivo directo de los ataques de DoS consiste en saturar el servidor del sistema logrando que se centre en la petición que realiza el atacante sin que pueda atender a ninguna más. Esto produce la «denegación de servicios». Exige enviar previamente un determinado mensaje o paquete malicioso (lo que se denomina contacto) para intervenir en el funcionamiento del sistema impidiendo a los demás acceder al servicio ofertado. Para hacerlo, como ha señalado recientemente Maciá Fernández, existen dos métodos básicos: la explotación de una vulnerabilidad descubierta en una máquina objetivo que constituye el denominado «ataque de vulnerabilidad»; o el envío hacia la víctima de un amplio número de mensajes de apariencia legítima, conocido como «ataque de inundación»³⁴. En el primero se aprovecha algún tipo de fallo en la configuración del *software* o del recurso informático para enviar unos paquetes de datos que provocan un estado no previsto por el programador en el momento de su diseño que puede suponer la generación de un bucle infinito, o la ralentización de la velocidad de ejecución de la aplicación, etc., provocando el cese del funcionamiento del sistema o su inutilización total o parcial³⁵. En el segundo se envían a la víctima numerosos mensajes produciendo el agotamiento de determinados recursos críticos para que los usuarios no puedan hacer uso de los mismos³⁶.

Aunque los ataques de DoS siguen siendo una amenaza para los servicios en Internet, palidecen en comparación con los ataques que están detrás de las siglas DDoS, correspondientes a *Distributed Denial of Services* (denegación de servicio distribuida). Estos ataques que vienen a ser una evidente evolución del DoS, consisten en que, frente a la terminal única que realiza el ataque, son numerosas las máquinas que, de forma coordinada, atacan a una sola víctima³⁷. Evidentemente, el peligro de estos ataques es mucho mayor, puesto que complican las estrategias defensivas del servidor o sistema que está siendo atacado. Además, y como vimos en el análisis tipológico, hoy en día la infección de *bots* hace que pueda utilizarse una red de ordenadores (*botnet*) para llevar a cabo un ataque que además, en principio, puede parecer un mensaje lícito.

8 de octubre, Anonymous actuó en España provocando el cierre de las páginas web de la SGAE, Promusicae y el Ministerio de Cultura, como protesta por la futura Ley de Economía Sostenible, causando que los servicios web de dichos portales cayeran durante cuarenta horas.

³⁴ MACIÁ FERNÁNDEZ, G., *Ataques de denegación de servicio a baja tasa contra servidores*, tesis doctoral presentada para el doctorado en la Universidad de Granada, mayo, 2007, p. 63.

³⁵ *Ibid.*, p. 13.

³⁶ *Ibid.*, p. 14. Hay muchas otras formas de ataque que, generalmente, pueden situarse dentro de estas dos, como son los ataques de protocolo o los ataques a recursos específicos. Véase en este sentido su completo y profundo análisis, en pp. 15 y ss.

³⁷ SINROD, E. J., y REILLY, W. P., «Cyber-crimes...», *op. cit.*, p. 4.

Los ataques de denegación de servicio pueden causar importantes daños económicos a las páginas web, especialmente a aquellas que realizan una actividad económica, y dentro de ellas, tanto a las que se dedican a la venta directa de productos que no pueden ofrecerse al público mientras la web está saturada, como a aquellas otras que obtienen el beneficio patrimonial de forma indirecta, por ejemplo por la publicidad que no cumple su función durante un ataque de este tipo. En otros casos, por el contrario, por ejemplo, en aquellos en los que el ataque es una forma de *hacktivismo* político, la denegación de servicios supondrá la negación de la libre expresión de contenidos en la Red. En todos ellos, sin embargo, no sólo se ven afectados los derechos de los emisores, esto es, de los titulares de las páginas web que no pueden difundir oportunamente sus contenidos, sino también los de los receptores, los usuarios de tales sitios web que ven impedido el acceso. Esto hace que la DoS sea una coacción (sin violencia, eso sí)³⁸ doble: en cuanto que se impide al titular de la página web comunicar y al usuario acceder a la comunicación. No puede dudarse de que, dada la duración de algunos de estos ataques web (horas e incluso días) y dada la creciente y general tendencia de gobiernos y entidades privadas de convertir el ciberespacio en un ámbito de servicios sociales (sanitarios, administrativos, educativos, etc.) y empresariales, cada vez de mayor importancia, la afectación a la libertad de prestadores de servicios y de usuarios puede ser de extrema gravedad y no tener únicamente una incidencia económica, sino también de afectación a la libertad de acceso a Internet.

Si sumamos, por tanto, el DoS a los otros ataques analizados dentro de ese cajón de sastre denominado sabotaje cibernético, y realizamos una recapitulación acudiendo a la terminología de «los bienes jurídicos protegidos», podemos decir que hay varios tipos de bienes o intereses sociales dignos de protección que pueden ser afectados por este tipo de ataques. En primer lugar estaría el patrimonio de los titulares de los sistemas informáticos o de los archivos contenidos en ellos, que pueden ser dañados en su esencia o que puede negarse el acceso a ellos con consiguientes pérdidas económicas. Relacionado con el mismo, estaría el interés socio-económico colectivo en que la actividad económica en Internet sea segura, sin que la conexión de sistemas informáticos a la Red pueda poner en riesgo los mismos o la información en ellos contenidos. Por otra parte, y aún desde la perspectiva del emisor, también se pueden ver afectadas las víctimas de un sabotaje cibernético en su derecho a la libre expresión en Internet, al impedirseles comunicar sus mensajes y llevar a cabo su actividad. Y ya en el plano del

³⁸ Y es que MORALES GARCÍA, Ó., «Apuntes de política criminal en el contexto tecnológico. Una aproximación a la convención del Consejo de Europa sobre Cyber-crime», en *CDJ*, núm. 9, 2002, p. 31, planteaba la posibilidad de sancionar los ataques de DoS como delitos de coacciones, siendo sin embargo, cuanto menos problemática, a mi parecer, la consideración de que en estos casos hay una *vis in rebus* suficiente para configurar el concepto de violencia.

receptor, todas las formas de sabotaje cibernético, pero muy especialmente la consistente en ataques de DoS, conllevan una negación de los derechos de todos los usuarios de Internet al acceso a los servicios existentes en la Red. Este interés va a ir adquiriendo una importancia creciente, conforme el ciberespacio vaya centralizando servicios administrativos y sociales que, si cayeran, pueden suponer graves daños para miles de personas en un determinado momento.

Evidentemente, no todo sabotaje informático causa tales daños. Más bien, debido a los sistemas de seguridad existentes, tanto en forma de anti-virus como otros sistemas para la evitación o minimización de los daños de los ataques de DoS, son minoritarios los que afectan gravemente a dichos intereses. Pero también es cierto que pueden hacerlo.

2.1.2.4. Spam

Aunque pueda discutirse la consideración del *spam* como sabotaje, lo cierto es que se trata de un evidente ataque a los sistemas informáticos llevado a cabo a través del correo electrónico que puede afectar a la funcionalidad del sistema o, en la mayoría de los casos, transportar *malware* o información falsa como parte de la dinámica del *phishing* o de cualquier otro ciberataque realizado con intención defraudatoria.

Se denomina *spam* al correo electrónico no solicitado que suele enviarse a numerosas direcciones a través de una dirección electrónica de las ofrecidas por los servicios de correo gratuitos estilo Hotmail, o desde un sistema informático infectado, convertido en *bot* e integrado en una *botnet* y utilizado por el *spammer*, que adquiere las direcciones de correo *hackeando* sistemas informáticos o utilizando *spyware* u otros sistemas de búsqueda de direcciones electrónicas a través de la Red. El *spam* tiene diversas finalidades que van desde el envío ilícito de publicidad, hasta el intento de infección del sistema por medio de *malware*, pasando por el intento de *phishing*. En todo caso, el envío de *spam*, así como la previa recopilación de direcciones electrónicas, puede considerarse ya un ataque a la terminal informática y a la funcionalidad de su uso por parte de particulares y empresas.

Y es que pese a que el principal riesgo que conlleva la recepción de correos *spam* estriba en la posibilidad de ser infectado por algún tipo de *malware* que sea posteriormente utilizado para defraudar a la víctima, tampoco debe despreciarse la enorme gravedad que supone el mero hecho de recibir correos indeseados aun en el caso de no ser infectado por ellos. Según un estudio sobre los costes económicos del *spam*, éste representa un coste para las empresas de Estados Unidos de casi 9.000 millones de dólares al año, 2.500 millones para las de Europa y 500 millones para los prestadores de

servicios³⁹. Estas macrocifras aún llaman más la atención cuando se concretan en el coste para las empresas que supone la limpieza de *spam*: entre 600 y 1.000 dólares de pérdidas por año en productividad por usuario, con una media de 874 dólares de pérdida de rendimiento por persona debido a los diez correos de *spam* diarios recibidos por cuenta de correo en el ámbito de la empresa⁴⁰.

2.1.3. *Ocupación o uso de redes sin autorización*

También podríamos situar aquí, como ataque directo a un elemento de las TIC (en este caso a las redes más que a las terminales), el comportamiento consistente en la utilización de un terminal de comunicación titularidad de otro sujeto. Comienza a ser común ya no sólo en redes de comunicación de televisión por cable, sino también en las propias redes telemáticas como Internet debido a la popularización del sistema *wifi* y a la facilidad de la conexión a estas redes. Por último, el otro elemento de las TIC, los servicios, concretamente aquellos generales de comunicación y difusión de contenidos de telecomunicación, también se ven en la actualidad gravemente afectados por toda una serie de comportamientos de piratería de señales de emisión radiofónica, televisiva y de Internet que mediante la creación de *software* específico que se instala en un sistema informático para que con la conexión a la antena ya se pueda «piratear la señal digital de que se trate», o a través de otros sistemas más arcaicos como la duplicación de claves o similares, ponen en serio peligro los intereses comerciales de quienes han aprovechado la mundialización de Internet para crear un nuevo modelo de negocio basado en la comunicación digital de contenidos.

2.1.4. *Antisocial networks*

Para finalizar, y como una de las formas más novedosas de conducta criminal en el ciberespacio me referiré a las que un grupo de autores ha venido en denominar «*antisocial networks*», o redes sociales antisociales⁴¹. En realidad más que una conducta criminal se trata de un comportamiento preparatorio de las posteriores conductas criminales que trata de asegurarlas y facilitarlas, y consiste en la manipulación de redes sociales o de grupos de ellas con la finalidad de utilizarlas posteriormente para el fraude o para cualquier otro tipo de ciberdelitos. Al fin y al cabo, y como han señalado los

³⁹ Estudio citado por YEARGAIN, J. W.; SETTOON, R. P., y MCKAY, S. E., «Can-Spam act of 2003: How to spam legally», en *JSeC*, vol. 2, núm. 1, 2004, pp. 15 y ss.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 16.

⁴¹ ATHANASOPOULOS, E.; MAKRIDAKIS, A.; ANTONATOS, S.; ANTONIADES, D.; IOANNIDIS, S.; ANAGNOSTAKIS, K. G., y MARKATOS, E. P., «Antisocial Networks: Turning a Social Network into a Botnet», en *LNCS*, vol. 5222/2008, 2008, p. 147.

autores del trabajo en el que se describe esta nueva práctica de cibercriminalidad⁴², las redes sociales tienen algunas propiedades intrínsecas que las hacen ideales para ser aprovechadas por adversarios o por quienes quieren utilizarlas para defraudar a otros: en primer lugar tienen una gran, y ampliamente distribuida, base de usuarios; en segundo lugar está formada por grupos de usuarios que comparten similares intereses sociales lo cual conlleva un desarrollo de la confianza entre ellos y el uso de recursos compartidos; en tercer lugar la plataforma permite a los usuarios la instalación de aplicaciones pensadas contra el fraude y similares cibercrímenes. Todas estas características dan la oportunidad a los cibercriminales de manipular las cuentas de Internet de los usuarios o a ellos mismos directamente y llevarlos a ejecutar conductas antisociales contra el resto de personas en el ciberespacio sin el consentimiento de que lo están llevando a cabo. Se trata⁴³, valga el ejemplo, de convertir la Red social en un *social bot* con una capacidad lesiva más que considerable.

2.2. Ciberataques réplica

Además de los intereses y bienes surgidos en el ciberespacio, éste alberga todos aquellos tradicionales que no requieren un traslado físico, sino una comunicación posible en Internet. Del mismo modo, a las nuevas formas de conducta que no existirían si no lo hiciera el ciberespacio debemos sumar, como realizadas en él, aquellas otras que son reflejo en tal ámbito de las tradicionalmente ejecutadas en el espacio físico. Estas conductas e intereses son los que están en el otro grupo de conductas incardinables en la cibercriminalidad, el de los cibercrímenes réplica, formado por las nuevas formas de realización de infracciones tradicionales de las redes telemáticas. En este caso el ataque no se realiza a un terminal informático, ni tampoco es el contenido el objeto de la ilicitud, sino que la Red es el nuevo medio a través del cual se comete una infracción que utilizaba anteriormente otros medios para llevarse a cabo. Se trata, por tanto, de réplicas, llevadas a cabo en el ciberespacio, de crímenes que ya se realizaban, de otro modo, en el espacio físico. Sin embargo, los especiales caracteres de este nuevo ámbito de realización criminal que es el ciberespacio confieren a la conducta una singularidad tal, que la hacen aparecer prácticamente como una conducta nueva, hasta el punto de que lo que en el espacio territorial podía apenas tener relevancia dañina, puede adquirirla significativamente en el espacio virtual.

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

2.2.1. Los ciberfraudes (auction fraud y otros)

En este grupo entrarían, en primer lugar, los fraudes de Internet, en los que las redes telemáticas se convierten en el instrumento mediante el cual lograr un beneficio patrimonial derivado de un perjuicio patrimonial a una víctima. Son muchas las formas en las que se puede lograr acceder al patrimonio de terceros, utilizando las múltiples formas de relación comercial existentes en el ciberespacio, así como las propias debilidades de seguridad de los sistemas informáticos que dan directamente acceso al patrimonio o indirectamente a él, al contener las claves o datos bancarios de los usuarios. Así, algunas de las más conocidas son: los distintos fraudes de tarjetas de crédito; los fraudes de cheques⁴⁴; las estafas de inversión⁴⁵; las estafas piramidales realizadas a través de Internet⁴⁶; las conocidas estafas de la lotería⁴⁷; las ventas *online* defraudatorias en las que no se envía el producto comprado (o se envía con otras características, como en el *auction fraud*) o no se paga lo que se ha recibido o se cobran servicios no establecidos previamente; las estafas de inversión en las que se cobran gastos no previstos o no se explican pérdidas inesperadas, así como los ataques de *scam* en los que se prometen cantidades importantes de dinero a cambio de pequeñas transferencias relacionadas con ofertas de trabajo, loterías, premios u otros⁴⁸. Una variedad de fraudes que va transformándose (o adaptándose, conforme a la terminología que utilizaremos más tarde) constantemente⁴⁹.

⁴⁴ Especialmente el fraude denominado en inglés *the counterfeit cashier's check scheme*, o esquema de falsificación de cheques de caja, destinado a defraudar a personas que venden mercancías por medio de los anuncios clasificados en Internet. Véase la explicación del procedimiento por el IC3 en Internet en <http://www.ic3.gov/crimeschemes.aspx#item-3>.

⁴⁵ O *invest fraud*, por medio de la cual se ofrecen productos financieros, préstamos o similares, que resultan ser falsos.

⁴⁶ También denominadas *ponzi frauds* y que son en última instancia fraudes de inversión en los que a los inversores se les prometen beneficios anormales que, en realidad, no son (cuando se cobran) más que las inversiones, falsas, de otros sujetos idénticamente engañados.

⁴⁷ Aunque las hay de muchos tipos, el esquema del fraude de loterías suele caracterizarse por el envío de *spam* con *e-mails* en los que se informa a quien lo recibe de que ha ganado una lotería internacional por una cantidad altísima de dinero y que, para retirarla, se solicita el ingreso de una cantidad de dinero que es el objeto de la defraudación.

⁴⁸ Entre otros muchos citados por STADLER, W. A., «Internet Fraud», en FISHER, B. S., y LAB, S. P., *Encyclopedia of Victimology and Crime Prevention*, vol. 1, California/London, Sage Publications, 2010, pp. 492 y 493.

⁴⁹ Así, y tomando como referencia la página web del IC3, que hace una importante labor de recogida de denuncias para la sistematización de los diferentes ciberfraudes existentes, deberían tomarse en cuenta además de los citados, otros como el *debt elimination fraud*, o fraude en los planes de eliminación de deudas, llevado a cabo por falsas empresas que solicitan el ingreso de un dinero al cliente para refinanciar sus deudas hipotecarias y de tarjetas de crédito pero que nunca devuelven; el *scrow services fraud*, o estafa por servicios de custodia en la que se persuade a quien participa en subastas por Internet para que contrate un servicio de custodia que asegure el éxito de la llegada de la mercancía de modo tal que el comprador acaba pagando el dinero y perdiendo el envío.

Uno de los más comunes y que se mantiene como usual en los últimos años es el denominado *auction fraud*, o fraude en las subastas, consistente en la tergiversación de un producto o su no entrega conforme a lo pactado en los sistemas de subasta *online* tipo eBay. En general, la actividad relacionada con las subastas en Internet comprende una serie de acciones que requieren de la participación de los usuarios: es necesario el registro de una cuenta, la búsqueda de productos, la puja, ganar la puja, la transacción y finalmente informar sobre la reputación de los vendedores⁵⁰. Cada una de estas acciones puede ser objeto de fraude. Chua y Wareham⁵¹ han descrito varios tipos de *auction fraud* en Internet:

— *Shilling*. Los vendedores participan en la subasta pujando por sus propios artículos en competición con otros compradores, quienes por tanto deben pujar con cantidades más altas para adquirir los productos.

— *Bid shielding*. Dos personas se confabulan para pujar en la misma subasta, una de ellas realiza pujas bajas mientras que la otra hace pujas muy altas para disuadir a otros compradores. Después, el comprador que ha ganado la puja renuncia al artículo, por lo que la otra persona puede adquirir el producto.

— *Tergiversación*. Los vendedores proporcionan descripciones falsas de sus productos.

— *Ampliar la factura*. Los vendedores ocultan costes extra, como gastos possubasta por preparación del artículo.

— *Envío suspendido*. Los vendedores no envían los artículos adquiridos por los compradores.

— *Pago suspendido*. Los compradores no pagan después de adquirir un producto.

— *Reproducción y falsificación*. Los vendedores envían productos de imitación de otros auténticos.

— *Triangulación/custodia*. Los vendedores venden productos robados.

— *Comprar y cambiar*. Los compradores reciben los productos, sin embargo rechazan la transacción y devuelven a los vendedores otros productos similares o de inferior calidad.

— *Reclamación de pérdida o daños*. Los compradores reclaman falsos daños en los productos y piden el reembolso al vendedor.

— *Autosubasta*. Los vendedores organizan falsas subastas con la intención de obtener nombres de compradores e información de tarjetas de crédito.

⁵⁰ CHIU, C.; KU, Y.; LIE, T., y CHEN, Y., «Internet Auction Fraud Detection Using Social Network Analysis and Classification Tree Approaches», en *IJEC*, vol. 15, núm. 3, 2011, p. 124

⁵¹ CHUA, C. E. H., y WAREHAM, J., *Fighting Internet Auction Fraud: An Assessment and Proposal Computer*, 2004, p. 32.

2.2.1.1. Los ciberfraudes burdos o *scam*

También tiene especial importancia el envío de correos electrónicos denominados *scam*, y que no son más que las tradicionales estafas en las que, en este caso, la forma de comunicación entre las personas para la realización del engaño bastante es Internet, por correo electrónico o mediante el uso de las redes sociales⁵². Es ésta más bien una categoría genérica que podría englobar a casi todos los fraudes, si bien se suele utilizar como referencia de los más burdos de ellos, aquellos en los que el engaño es poco elaborado y en los que el error de la víctima puede ir más allá de lo común. En este caso podríamos integrar el conocido caso de las «cartas nigerianas», estafa clásica semejante al famoso «timo de la estampita» en el que el engaño se logra explotando el ánimo de lucro de la víctima, así como muchas otras que han surgido posteriormente como la de la lotería, la del trabajo desde casa, etc., siempre caracterizadas por tratar de interesar a la víctima o ganarse su confianza para que sea ella quien finalmente realice el acto de disposición patrimonial que le perjudica.

Por tanto, a pesar de que los sistemas técnicos han evolucionado y los niveles de protección a nivel de *hardware* y *software* son cada día más consistentes, en este tipo de estafas el factor humano, más concretamente su vulnerabilidad, constituye el elemento esencial para que el engaño tenga éxito⁵³. De este modo, los ciberdelincuentes basan sus mensajes en ciertos principios del comportamiento humano que han sido estudiados, entre otros, por Stajano y Wilson⁵⁴. En su investigación, estos autores describieron los patrones seguidos por los estafadores y establecieron los principios psicológicos en los que estaban basados sus mensajes y estrategias. Así, el principio de la distracción establece que mientras que las personas están centradas en lo que tienen que hacer, esta tarea les hace olvidar que deben protegerse a sí mismas. Este es el caso, por ejemplo, de los mensajes de supuestos administradores de sistemas que remiten un primer correo electrónico imponiendo estrictas configuraciones de seguridad, para posteriormente solicitar en un segundo mensaje el cambio de esta misma configuración por otra más sencilla y con la que, finalmente, lo que se busca es rebajar el nivel de protección

⁵² Véase, extensamente, YAR, M., *Cybercrime and society*, *op. cit.*, pp. 81 y ss. En la actualidad, este tipo de ataques también se conocen en el mundo anglosajón como *cons*, abreviatura del término general *confidence trick*, igualmente denominado *bunko*. Consiste en tratar de defraudar a una persona ganándose previamente su confianza. En el fondo, no existe apenas diferencia entre los ataques de *scam* y los *cons*.

⁵³ Shadel describe ampliamente los principios psicológicos y las estrategias utilizadas por los delincuentes en sus estafas en general. Muchas de ellas han sido trasladadas directamente sin apenas modificaciones al ámbito del ciberespacio. SHADEL, D., *Outsmarting the Scam Artist: How to Protect Yourself From the most Clever Cons*, Wiley, 2012.

⁵⁴ STAJANO, F., y WILSON, P., «Understanding scam victims: Seven principles for systems security», en *ACM*, 2011, p. 9.

de los equipos. Otro principio es el de la adecuación social, cuya clave es la casi ausencia de cuestionamiento de la autoridad. Cuando una persona recibe un CD de un organismo oficial como la Policía generalmente lo acepta sin recelos, abriendo la posibilidad de instalar en su sistema un *malware*. Por su parte, el principio de la masa describe que incluso cuando las personas perciben señales que les hacen sospechar, su nivel de autoprotección baja cuando comparten riesgos con otros. Fraudes como las «cartas nigerianas» son el ejemplo clásico de otro principio, el de la deshonestidad, en el que la propia víctima pretende un lucro por medios ilegales. Finalmente los principios del engaño o la urgencia, provocan rápidas respuestas en los usuarios, desempeñando un papel fundamental en el éxito de la trampa.

2.2.1.2. El *phishing*

El perfeccionamiento de los sistemas de seguridad en la banca electrónica ha obligado a centrar los ataques en la obtención de la información secreta, bien por medio de *spyware* o *malware* o gracias a la intervención del propio sujeto, para la posterior utilización de tal información haciéndose pasar por el usuario, obteniendo así, de forma más o menos directa según las modalidades, el beneficio patrimonial. La modalidad estrella dentro de este subtipo de conductas de ciberfraude es el *phishing*⁵⁵, o pesca de incautos, definido por el grupo mundial *antiphishing* como el mecanismo criminal que emplea ingeniería social y subterfugios técnicos para robar los datos de identidad personales de los consumidores y los de sus tarjetas de crédito o cuentas bancarias⁵⁶. El uso de la ingeniería social se produce cuando se utiliza la identidad personal de otro (*spoofing*) mediante la falsificación de sitios web, para conducir a los consumidores a que confíen en la veracidad del mensaje y divulguen los datos objetivos. Cuando se utilizan otros artificios técnicos, como por ejemplo redireccionar un nombre de dominio de una página web verdadera situada en la memoria caché del sujeto o de otro modo a una página web falsa, o monitorizar la intervención del sujeto en la verdadera, se utiliza el término de *pharming*.

Las primeras manifestaciones de este tipo de ciberfraude fueron descritas en 1996 por el grupo de noticias «alt.2600», en un mensaje en el que se hacía referencia al *phishing* en el ámbito de la creación fraudulenta de cuen-

⁵⁵ La palabra *phishing* es una evolución de *ishing*, en alusión al intento de hacer que las potenciales víctimas «muerdan el anzuelo». Los *hackers* frecuentemente reemplazan la letra «f» con las letras «ph», como raíz de la antigua forma de *hacking* telefónico conocida como *phreaking*, por lo que lo más probable es que éste sea el motivo por el que se escribe de este modo. No obstante, el término también se ha atribuido a la contracción de *password harvesting fishing*, es decir, cosecha y pesca de contraseñas. El origen de esta denominación puede verse más extensamente en JAKOBSSON, M., *Phishing and Countermeasures: Understanding the Increasing Problem of Electronic Identity Theft*, John Wiley & Sons, 2005.

⁵⁶ Véase JAISHANKAR, K., «Identity related Crime in the Cyberspace: Examining Phishing and its impact», en *IJCC*, vol. 2, enero-junio de 2008, p. 12.

tas de usuario de American Online (AOL)⁵⁷. Estas cuentas robadas fueron denominadas *phish* y se convirtieron a partir de 1997 en habitual moneda de cambio entre los *hackers*, de modo tal que ciertas aplicaciones o juegos podían ser intercambiados por un determinado número de cuentas de AOL. Gordon y Chess⁵⁸ llevaron a cabo en 1998 una de las primeras investigaciones sobre ataques masivos a consumidores de servicios en Internet, tal fue el caso de los intentos de acceso a cuentas de AOL. En sus inicios, esta técnica se centraba en el engaño a través de correos electrónicos, con los que se pretendía obtener la respuesta del usuario atacado, es decir, provocar la remisión de contraseñas o detalles de las tarjetas de crédito. El nivel técnico de estos primeros fraudes era relativamente bajo; sin embargo, más tarde el aumento de la seguridad de las entidades y organismos que hacían uso de las TIC, así como los grandes beneficios obtenidos con escaso esfuerzo y la escasa probabilidad de detección del origen del fraude, devino en el incremento y refinamiento del engaño y de la calidad técnica de los ataques⁵⁹. Así, por ejemplo, en el año 2000 se comenzaron a utilizar los *keyloggers*, un tipo de *software* que registra y memoriza en un fichero las pulsaciones que se realizan en un teclado; en 2001 los *phishers* iniciaron el uso de URL ofuscadas; en 2003 llevaron a cabo las primeras grabaciones de contenidos en pantalla o *screenloggers*; en 2004 utilizaron por primera vez una web falsa y desde 2006 es habitual el *phishing* por VoIP⁶⁰. Esta evolución no sólo ha modificado las técnicas de engaño, propagación de mensajes o construcción de webs falsas, sino que hoy día es incluso posible obtener *kits* de *phishing* en los que se incluyen plantillas para mensajes de correo y webs, bases de datos de destinatarios y técnicas para el blanqueo de dinero⁶¹. De igual modo, se ha producido una especialización en los delincuentes que realizan este tipo de

⁵⁷ OLLMAN, G., *The Phishing Guide: Understanding and Preventing Phishing Attacks*. Informe Técnico, NGSS, 2009, p. 6

⁵⁸ GORDON, S., y CHESS, D. M., *Where There's Smoke, There's Mirrors: The Truth about Trojan Horses on the Internet*, Virus Bulletin Conference, 1998.

⁵⁹ El número y sofisticación de los ataques de *phishing* se ha incrementado a pesar de los ingentes esfuerzos en desarrollar contramedidas. El número de webs que informaron ser objetivo de *phishing* registró un incremento de 10.047 a 55.643 en diez meses en el período comprendido entre junio de 2006 y abril de 2007. Véase DONG, X.; CLARK, J. A., y JACOB, J. L., *Defending the weakest link: phishing websites detection by analysing user behaviours*, Telecommun Syst, 2010, p. 215. Por su parte, el Anti-Phishing Working Group (APWG) informó que durante la primera mitad de 2011 una media de 32.650 webs fueron objeto de *phishing*, véase «Phishing Activity Trends Report», 1st Half/2011, consultado en línea el 14 de junio de 2012, en http://apwg.org/reports/apwg_trends_report_h1_2011.pdf.

⁶⁰ OLLMAN, G., *The Phishing Guide...*, op. cit., p. 4.

⁶¹ VERISIGN: *Fraud Alert: Phishing. The Latest Tactics and Potential Business Impact*, White Paper, 2009. En Internet, en <http://www.verisign.com/static/phishing-tactics.pdf> (última visita el 14 de junio de 2012). Véase también OLLMANN, G., *The evolution of commercial malware development kits and colour-by-numbers custom malware*, Computer Fraud and Security, 2008, p. 5, en este interesante artículo se indica que el precio de estos kits de *phishing* puede oscilar entre los 50 y 800 dólares y se describen algunos kits. O también, COVA, M.; KRUEGEL, C., y VIGNA, G., *There is no free phish: An analysis of free and live phishing kits*, Proceedings of the Second USENIX Workshop on Offensive Technologies, 2008, en el que se identifican más de quinientos kits.

estafas: no es extraño encontrar grupos de ciberdelincuentes que se organizan diferenciando entre mensajeros, recolectores y cajeros⁶². Los primeros, bien sean *spammers* o *hackers*, remiten un gran número de correos, generalmente a través de *botnets*, es decir, redes de ordenadores comprometidos y controlados por el mensajero. El segundo grupo, el de los recolectores, son *hackers* que construyen o alteran las webs a las que se dirigen los usuarios víctimas del *spam* y de las que se obtiene información confidencial como nombres de usuario, contraseñas o tarjetas de crédito. Un tercer grupo es el de los cajeros, los cuales obtienen información confidencial de los recolectores y hacen uso de ella, creando tarjetas de crédito para obtener dinero en cajeros, comprar productos en línea, hacer transferencias y, en definitiva, cualquier actividad que permita el lucro esperado.

En la actualidad, un típico ataque de *phishing* incluye tres componentes clave: el mensaje, la interacción y el robo. En el primero, el mensaje, las potenciales víctimas reciben un reclamo a través de un medio electrónico. En la mayoría de las ocasiones se trata de un correo electrónico remitido por el delincuente, pero también puede ser un SMS, VoIP⁶³, mensaje en una red social e incluso en videojuegos con múltiples participantes⁶⁴. Este señuelo no suele ser muy sofisticado desde el punto de vista técnico, sino que a través de la ingeniería social aprovecha las debilidades de las potenciales víctimas. Poniendo en práctica diferentes estrategias de engaño, se consigue que el usuario siga un enlace a una URL inserta en un correo electrónico, proporcione determinada información sensible respondiendo a un correo o instale *malware*. Algunos ejemplos de la aplicación de estos principios, son los mensajes en los que se requieren actualizaciones de seguridad, se insta a completar información de cuentas para su mantenimiento, o se ofrecen incentivos financieros o falsas actualizaciones. Así, podemos encontrar mensajes del supuesto administrador de un sistema advirtiendo sobre un ataque, para evitar el cual debe instalarse urgentemente un «parche», o la notificación de problemas con la autenticación de usuario, cuya solución consiste en la remisión de una nueva contraseña. En otros casos, el mensaje contiene una proposición relacionada con futuras ganancias o beneficios, que en suma busca aprovechar el ánimo de lucro de la víctima para provocar ingresos de

⁶² MYERS, S., «Introduction to Phishing» en JAKOBSSON, M., y MYERS, S., *Phishing and Countermeasures: Understanding the Increasing Problem of Electronic Identity Theft*, John Wiley and Sons, 2006, p. 3

⁶³ La tecnología de VoIP (*Voice over Internet Protocol*, voz sobre protocolo de Internet) es básicamente un método por el cual tomando señales de audio analógicas, éstas se transforman en datos digitales que pueden ser transmitidos a través de Internet hacia una dirección IP determinada.

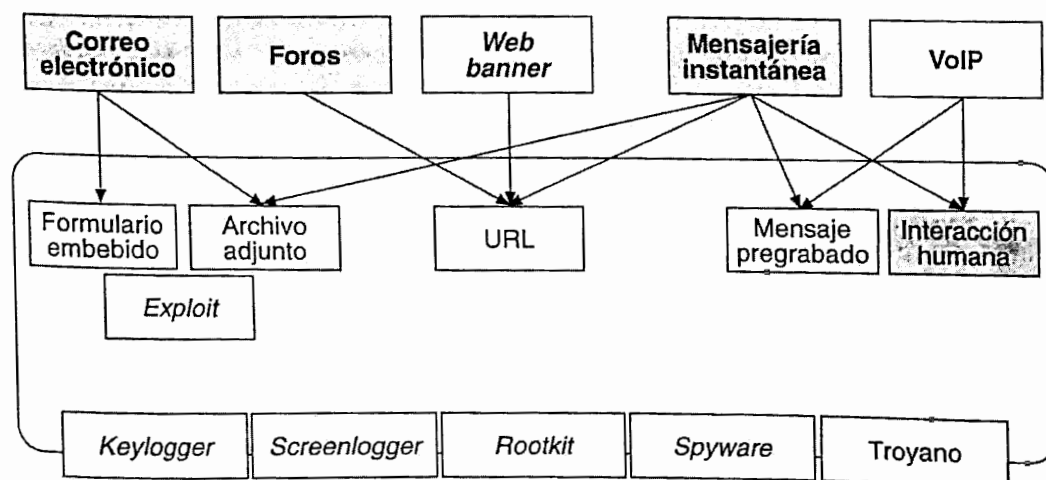
⁶⁴ HONG, J., «The State of Phishing Attacks», en *Communications of the ACM*, vol. 55, núm. 1, 2012, p. 74. En relación con los juegos masivos *online*, HILVEN, A., y WOODWARD, A., «How safe is Azeroth, or, are MMORPGs a security risk», *Proceedings of the 5th Australian Information Security Conference*, 2007, señalan que el valor de una cuenta robada de *World of Warcraft* es superior al de una tarjeta de crédito, lo que puede ayudar a comprender las complejas consecuencias de esta modalidad de fraude.

dinero en cuentas. Las ofertas, premios, promociones o regalos constituyen otro de los reclamos utilizados, junto con la solicitud de ayuda humanitaria para víctimas de desastres o situaciones desesperadas.

El segundo componente clave es la interacción. Recibido el mensaje por el usuario, a continuación se requiere que la propia víctima acuda a la web que se ha construido de manera idéntica a la de una organización de confianza, como un banco o una popular web de subastas, que instale el *malware* o que remita la información sensible. Para conseguir su objetivo, los *phishers* registran nombres de dominio parecidos a los de la entidad elegida; de este modo, podemos encontrar *ebay-login.com* en lugar de *eBay*, y también es posible encontrar imitaciones más burdas tales como *ebay.com.phishsite.com*. Por supuesto utilizan logos e imágenes de las empresas u organismos a los que suplantán, generando una falsa seguridad en la víctima. Para completar el engaño, emplean todo tipo de subterfugios técnicos, como la ofuscación de URL o la utilización de supuestas webs seguras de terceras partes o autoridades de validación, las cuales disponen de medidas de seguridad suplementaria como URL *https*, o certificados *SSL*. Estas entidades utilizan gráficos e imágenes que son igualmente replicados por los diseñadores de las falsas webs.

El tercer y último elemento es la utilización efectiva de la información robada. En algunos casos el delincuente usa directamente los datos de la víctima suplantando su identidad; no obstante, normalmente el *phisher* no explota por sí mismo la información obtenida, sino que la vende a terceros. Ejemplo de ello sería el caso mencionado de las cuentas de usuario para juegos masivos *online* o la venta de números de tarjetas de crédito. De este modo, se ha generado un mercado negro de compraventa de información robada.

Gráfico 2.1. Formas de transmisión, medios y tipos de *malware* en el *phishing*. Elaboración propia.



Podríamos decir, pues, que existen diferentes modalidades de *phishing* que, por otra parte, están en constante mutación y refinamiento según mejoran las medidas de seguridad y protección de organismos, entidades y usuarios. Así, podemos situar los diferentes tipos de *phishing* en un continuo que transcurre desde el mero engaño por medio de la ingeniería social, a las más sofisticadas técnicas de *backing*, pasando por la combinación de ambos.

Tabla 2.2. Tipos de *phishing* en función del destinatario.
Elaboración propia.

Phishing tradicional	Utilización de imagen corporativa de entidades o instituciones solicitando datos bancarios indiscriminadamente.
Spear phishing	<i>Phishing</i> dirigido a entidades bancarias u otro tipo de organizaciones concretas, no a objetivos indiscriminados.
Business services phishing	El objetivo buscado son los empleados de entidades que utilizan servicios de Internet.
Whaling	<i>Phishing</i> dirigido a los directivos o individuos pertenecientes a los niveles altos de las organizaciones.

Puesta de manifiesto la dificultad de enumerar con exhaustividad las distintas técnicas de este tipo de fraude, a continuación se describen brevemente las más usuales:

En primer lugar encontramos el *phishing* tradicional, en el que se utiliza la imagen corporativa de una entidad bancaria o de una institución, para solicitar a la víctima por medio de correo electrónico que envíe a una dirección de correo que simula ser de tal entidad, los datos bancarios requeridos⁶⁵. Esta forma de *phishing* ha comenzado a ser sustituida por otras más elaboradas como el *spear phishing* o «pesca con arpón», en la que en lugar de dirigirse a objetivos indiscriminados, se buscan clientes de entidades bancarias u otro tipo de organizaciones concretas. Una variante de este tipo de *phishing* es el *business services phishing*, en el que el objetivo ya no es siquiera un cliente de un banco, sino los empleados de entidades que

⁶⁵ Recuerda Fernández Teruelo que lo habitual es suplantar la imagen corporativa y la web original de entidades bancarias, pero que «se han detectado otras fórmulas como las siguientes: encuestas falsas en nombre de organismos oficiales que tienen por objeto recoger datos personales de los usuarios que decidan participar en la misma; páginas falsas de recargas de móviles con tarjeta de crédito o de venta de diversos productos (a precios sospechosamente baratos), en los que, una vez obtenidos los datos personales y de la tarjeta, la página enseña algún tipo de error o indica que la operación no se ha podido realizar; presuntos compradores que le piden al vendedor datos bancarios para pagarle el producto que tiene a la venta, los cuales serán utilizados para realizar transacciones ilícitas, etc.», FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «Respuesta penal frente a fraudes cometidos en Internet: estafa, estafa informática y los nudos de red», en *RDPC*, núm. 19, 2007, pp. 217 y ss.

utilizan servicios como Google AdWords o Yahoo! De manera similar en la modalidad conocida como *whaling*, se ataca a los empleados de alto nivel de grandes empresas o gobiernos. En un ataque de *whaling* el *phisher* se centra en un pequeño grupo de personas de alto nivel de una organización concreta e intenta robar sus credenciales, preferiblemente a través de la instalación de *malware* que proporciona funcionalidades de «puerta de atrás» y *keylogging*. En estos casos, los señuelos no se limitan a la remisión de mensajes, puesto que lo que tratan es de infectar con *malware* el equipo informático, por tanto, utilizan todo tipo de medios como CD que contienen *software* de evaluación o que instalan *hardware* del tipo *keylogger* que permiten el registro de teclados y ratones.

Uno de los más recientes tipos de *phishing* es el denominado *vishing*, esto es, la combinación de voz y pesca de incautos⁶⁶. Esta práctica consiste en la utilización de mensajes de telefonía basada en voz sobre IP, para conseguir de la víctima información personal, financiera o cualquier otro tipo de datos confidenciales.

Otro tipo de *phishing* es el basado en *malware*, es decir, cualquier tipo de *phishing* en el que se hace uso de *software* malicioso en el ordenador del usuario⁶⁷. El ejemplo más común de este tipo de *phishing* es la ejecución de archivos adjuntos a mensajes de correo electrónico, o la descarga de *software* desde una web relacionada con pornografía o cotilleos sobre famosos. Este *malware* puede presentarse de diferentes formas, que por lo general explotan vulnerabilidades de los sistemas informáticos. De este modo podemos encontrar *keyloggers* o *screenloggers*, es decir, programas diseñados para monitorizar el teclado y el ratón o las entradas en pantalla. En estos casos el sujeto ni siquiera será conocedor de que está enviando las claves, ya que el correo electrónico enviado lleva un archivo que utiliza o bien *spyware*, del estilo de los programas *keylogger* o *sniffer*, para localizar los datos bancarios, o bien *malware* para lograr un acceso ilícito y descubrir los datos queridos; similares a éstas, los *hosts file poisoning* o alteración de los archivos de DNS, son defraudaciones que entran dentro de la denominación de *pharming*. Se trata de una táctica fraudulenta que consiste en cambiar los contenidos del DNS (*Domain Name Server*, Servidor de Nombres de Dominio) ya sea a través de la configuración del protocolo TCP/IP o del archivo *imhost* (que actúa como una caché local de nombres de servidores), para que el usuario, cuando teclea la dirección web de su entidad bancaria en su navegador, entre en realidad a una web falsa muy parecida o igual a la original, en la que acaba desvelando sus datos de acceso. Además, en caso de que el usuario afectado por el *pharming* navegue a través de un *proxy* para garantizar su anonimato,

⁶⁶ Del inglés *voice* y *phishing*.

⁶⁷ Para conocer una descripción de gran variedad de *malware* véase EMIGH, A., *Online Identity Theft: Phishing Technology, Clokepoints and Countermeasures*. ITTC Report on Online Identity Theft Technology and Countermeasures, 2005, p. 6.

la resolución de nombres del DNS del *proxy* puede verse afectada de forma que todos los usuarios que lo utilicen sean conducidos al servidor falso en lugar del legítimo; igualmente encontramos los *session hijackers* o secuestradores de sesiones, que permiten el acceso a los archivos del equipo o a los servicios del sistema; los troyanos web, o programas maliciosos que mediante ventanas emergentes recogen claves; y en general cualquier otra técnica que, utilizando *software*, permite perfeccionar el engaño haciendo creer a la víctima que está fuera de peligro.

También son frecuentes aquellos otros fraudes en los que el correo electrónico de la supuesta entidad bancaria incluye un *link* que redirige al sujeto, aparentemente, a una página web de la entidad que en realidad no es tal y que permite al atacante conocer los datos bancarios de su víctima, ya que el sujeto piensa que está tecleando las claves en su entidad bancaria. Esto se consigue accediendo a un servidor cuya seguridad se ha visto comprometida, y sustituyendo el contenido legítimo por otro malicioso, o aprovechando vulnerabilidades de las bases de datos SQL que permiten ejecutar *scripts*.

Para lograr el éxito de los ataques de *phishing*, se utiliza una amplia variedad de tretas, modificadas e incrementadas a medida que lo hacen los sistemas de seguridad. Los métodos más comunes son:

Man-in-the-middle (hombre en el medio). A través de esta técnica, el atacante es capaz de controlar y registrar las transacciones e información sensible del usuario, interponiendo un *proxy* entre el cliente y el servidor web. Al actuar de este modo, el usuario conecta con el servidor del *hacker* como si fuera el real, del mismo modo que lo hace el *hacker* transfiriendo los datos simultáneamente al servidor real. Así, no sólo es posible el acceso a las transferencias de datos mediante http, sino también por protocolo seguro https. Para tener éxito, obviamente, el atacante debe ser capaz de redirigir toda la comunicación de la víctima a su servidor, en lugar de al servidor real. Para ello se emplean diferentes técnicas, como por ejemplo *proxies* transparentes, que se sitúan en la misma red o ruta que el servidor real; *DNS Cache Poisoning* (envenenamiento de caché de DNS), que permite el enrutamiento a IP falsas; la ofuscación de URL, que permite redirigir el tráfico de datos a su servidor; o configurando el *proxy* en el navegador.

Ataques del tipo *cross-site scripting*, igualmente conocidos como CSS o XSS. En este caso el engaño consiste en introducir código o URL falsas en una web real. De este modo la mayor parte del contenido web es original, sin embargo una parte, la referida a la información sensible, está construida para obtener los datos objetivo sin que el usuario pueda detectar anomalías.

En la actualidad los navegadores son aplicaciones altamente sofisticadas; sin embargo, a pesar de ello en cada versión aparecen nuevas vulnerabilidades, ya que a medida que crece el número de funcionalidades que ofrecen, también lo hacen las posibilidades de que los *hackers* las aprovechen, como

es el caso de elementos añadidos al navegador o *add-ons* como Flash, Real-Player y otras aplicaciones embebidas. El aprovechamiento de estas vulnerabilidades en el cliente posibilita, por ejemplo mediante el uso de *exploits* falsear la dirección que aparece en el navegador. De esta manera, se podría redirigir el navegador a un sitio fraudulento, mientras que en la barra de direcciones del navegador se mostraría la URL del sitio de confianza. También es posible aprovechar los fallos de aplicaciones Java, que permiten embeber servidores remotos en la red local del usuario. Mediante estas técnicas, también es posible falsear las ventanas emergentes (*pop-ups*) abiertas desde una página web auténtica. Algunos ataques de este tipo también hacen uso de *exploits* en sitios web fraudulentos que, aprovechando alguna vulnerabilidad de Internet Explorer o del sistema operativo del cliente, permiten descargar troyanos de tipo *keylogger* que robarán información confidencial del usuario.

2.2.2. Identity theft y cibernaplantación de identidad o spoofing

Precisamente el *spoofing* o suplantación de identidad, como expresión concreta y tecnológicamente avanzada del género de conductas que tratan de configurar el *identity theft* o robo de identidad, sería el siguiente grupo de ciberataques que no siendo nuevos adquieren una dimensión nueva de lesividad en el ciberespacio. El robo de identidad podría definirse como la adquisición en todo o en parte por un sujeto de los datos de otro sujeto para su posterior uso como si le pertenecieran a él⁶⁸. No obstante, cuando se habla de *identity theft* se suele utilizar presuponiendo el futuro uso delictivo de la suplantación, esto es, como la utilización o explicación de los datos de identificación personal u otro tipo de información de la persona como el nombre, el número de DNI, etc., para cometer fraude o participar en otras actividades ilegales⁶⁹. Aunque, como recuerdan los autores pioneros del estudio del *spoofing*, la suplantación de personalidades también se produce fuera del mundo virtual⁷⁰, lo cierto es que en el ciberespacio el robo de identidad resulta más sencillo de ejecutar y potencialmente mucho más peligroso: primero porque la eliminación de la inmediatez física y las posibilidades técnicas para la obtención de información personal y para la simulación, hacen que sea posible obtener datos privados necesarios para

⁶⁸ Lo define Cilli como «el uso de información sobre una persona obtenida desde Internet, con el propósito de identificarse a uno mismo como tal persona para llevar a cabo acciones ilegales», CILLI, C., «Identity Theft: A New Frontier for Hackers and Cybercrime», en *Information Systems Control Journal*, vol. 6, 2005, p. 1.

⁶⁹ CHAWKI, M., y ABDEL WAHAB, M., «Identity Theft in Cyberspace: Issues and Solutions», en *LE*, vol. 11, núm. 1, printemps/spring, 2006, p. 2.

⁷⁰ FELTEN, E. W.; BALFANZ, D.; DEAN, D., y WALLACH, D. S., «Web Spoofing: An Internet Con Game», en *Technical Report*, 540-96, Department of Computer Science, New Jersey, Princeton University, 1996, p. 2.

suplantar a la persona y actuar directamente haciéndose pasar por ella⁷¹, segundo porque, como ya se ha visto, son múltiples las personas conectadas en el ciberespacio que realizan operaciones financieras y de cualquier otro tipo. En definitiva, que Internet no sólo es el medio a través del cual se puede realizar el *identity theft*, sino que es la razón del gran riesgo que conlleva el mismo en la actualidad, al haber aumentado significativamente en el ciberespacio la necesidad de utilizar los datos personales para realizar transacciones, operaciones o acciones, no siempre comerciales, por parte de los titulares de esa identidad⁷².

Hay que tener en cuenta, por otro lado, que si bien el robo de identidad suele realizarse generalmente como primer paso para la ejecución posterior de algún tipo de fraude informático, generalmente el *phishing*, dada la importancia actual de la denominada identidad digital, esta suplantación no sólo encierra un riesgo para el patrimonio de las personas, sino también para muchos otros bienes jurídicos como posteriormente se analizará en profundidad⁷³. El robo de identidad en Internet se puede llevar a cabo de muchas formas, desde las más sencillas en las que se acude a la ingeniería social para la suplantación de la personalidad, hasta las más complejas en las que se utiliza la ingeniería informática para lograr los distintos mecanismos existentes para la identificación de los sistemas que actúan en el ciberespacio. En estas últimas es donde debe situarse el *spoofing* que, a su vez, también puede ser poco o muy elaborado.

En la actualidad, se diferencian por lo menos cinco formas de *spoofing*: *IP spoofing*, en el que mediante la utilización de programas específicamente destinados a ello se sustituye la dirección IP original por otra; el *ARP spoofing*, en el que se falsean las denominadas tablas ARP de una víctima para llevar a su sistema MAC a que envíe los paquetes al *host* atacante en vez de a su destino; el *DNS spoofing*, en el que lo que se modifica es el nombre de dominio-IP de un servidor DNS, aprovechando alguna vulnerabilidad, lo cual se suele utilizar para el *pharming* en el que el sujeto pone la dirección web de una entidad bancaria oficial y se le remite a una web falsa; el *web spoofing*, quizás el más común de todos estos ataques, en el que a través de un enlace u otras formas de engaño, se hace pasar una página web, imitada y albergada en otro servidor, por la real, por medio de un código que solicita la información requerida por el sistema víctima a cada servidor original y remite a la web falsa, y, por último, es el *mail spoofing*, consistente en la suplan-

⁷¹ Así, señalan CHAWKI, M., y ABDEL WAHAB, M., «Identity Theft...», *op. cit.*, pp. 3 y ss., que la evolución que han supuesto las TIC en la forma de realizar transacciones comerciales, especialmente al eliminar la inmediatez física entre vendedor y comprador que tenía que producirse en un determinado momento, ha modificado, en el sentido de aumentar, la importancia de los datos personales, pues en la actualidad sólo con algunos de ellos ya se puede realizar un acto de disposición comercial.

⁷² CILLI, C., «Identity Theft...», *op. cit.*, p. 1.

⁷³ Véase *infra* cap. III.

tación de la dirección de correo electrónico de otras personas o entidades, utilizada generalmente para enviar *spam* o como comienzo de la dinámica de ataque del *phishing*⁷⁴.

2.2.3. El ciberespionaje

En ocasiones como forma de robo de identidad, pero en realidad como conducta con singularidad propia, también podríamos situar el denominado espionaje informático, o *snooping* (en sentido amplio)⁷⁵, ya sea de carácter empresarial para el descubrimiento de secretos comerciales, ya sea para la interceptación de las comunicaciones personales mediante el acceso a correos electrónicos, conversaciones por medio de cualquiera de las redes telemáticas, etc., en esta modalidad de cibercriminalidad en la que las redes son el nuevo instrumento desde el que se debe interceptar la comunicación. Al fin y al cabo, el espionaje, tanto de datos personales como de información relevante para las empresas, ha existido siempre, pero de nuevo el ciberespacio dota de una potencial lesividad a estos comportamientos, potencialidad lesiva no existente hasta antes de la revolución de las TIC, dado que hoy casi toda la información sensible está contenida en sistemas informáticos que, a su vez, están conectados a redes telemáticas que unen a personas en todo el mundo.

El espionaje informático se puede realizar, como luego se verá con más profundidad, bien por un *insider* que aprovecha su situación en la empresa o su relación con la persona de confianza para dañarla, bien por un *hacker* que accede directamente al sistema informático, o por medio de todo un *software* cuya finalidad primera es la obtención de datos de muy diverso tipo y con diferentes objetivos últimos. Este es el *software* que se denomina *spyware* y que puede ser enviado por correo electrónico por el atacante o ser descargado inconscientemente por la víctima al descargar algún otro tipo de *software*. El *spyware* es un *software* que se instala en un sistema informático y que recopila determinada información de éste que después envía a otro sistema. Por medio del *spyware* se puede acceder a información personal o a secretos de empresa obtenidos en correos electrónicos y otro tipo de mensajes, pero generalmente este tipo de *software* lo que recaba es todo un conjunto de datos que son necesarios para realizar otros ataques posteriores a la intimidad o al patrimonio del sujeto como sus claves informáticas o bancarias, la dirección IP, los números de teléfono, etcétera.

Especial importancia tiene dentro del *spyware* el uso de *sniffers* y *keyloggers*, programas que pretenden en última instancia captar información bien

⁷⁴ Véase ISLA CORTÉS, J. I. M., «Seguridad en redes informáticas» (2005). En Internet en <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2005/bmfci.82s/doc/bmfci.82s.pdf> (última visita el 30 de noviembre de 2010), pp. 88 y ss.

⁷⁵ El *snooping* es el acceso no autorizado a datos de otros, por lo que todo espionaje informático es, en última instancia, *snooping*.

para el espionaje industrial o bien para su posterior uso en ataques de *spam*, *phishing*, *botnet*, etc. Los *sniffers* son programas de captura de tramas de información que no están destinadas a él. En realidad, lo que hacen los *packet sniffers* es capturar todo el tráfico que viaja de una determinada forma o con unas determinadas características por la Red. Ello puede ser utilizado con la finalidad de detectar fallos en redes o sistemas o incluso *backers*, con finalidad maliciosa, para capturar de forma automática contraseñas de sistemas informáticos o nombres de usuario de la Red para el posterior acceso informático o envío de *spam*, respectivamente, para tratar de interceptar mensajes de correo electrónico o espiar conversaciones de chat, etcétera.

En cuanto a los *keyloggers*, se trata de un tipo de *hardware* o *software*, el que más interesará aquí, que se dedica a registrar las pulsaciones que se realizan en el teclado con la finalidad de memorizarlas y posteriormente enviarlas al sujeto que posteriormente las utilizará para acceder a la información o al patrimonio de la víctima. Aunque en el ámbito de la empresa o incluso en las relaciones personales, en la misma familia, puede comenzar a darse el uso de *hardware keyloggers*, lo que aquí más nos interesa son aquellos casos en los que, a través de un troyano o una *backdoor*, se instala en un sistema informático ajeno un *software* que, gracias al registro de pulsaciones, consigue que el cibercriminal acceda a contraseñas del sistema o a claves bancarias entre otros datos.

Por último también se podrían citar aquí cualesquiera otras formas de *snooping* o captación de datos de otro sistema sin modificación de los mismos y sin autorización, como por ejemplo el denominado *DNS snooping* en el que se obtienen nombres de dominio resueltos por un servidor DNS.

Algunos autores sitúan dentro del *spyware*, aunque como conductas invasoras de la intimidad con menor lesividad⁷⁶, las denominadas *cookies*, archivos que almacenan información del usuario en su propio sistema y que sirven para que los sitios web identifiquen al visitante. La tecnología de las *cookies* permite que una página web, por defecto, inserte con disimulo su propio identificador en el terminal de forma permanente para poder así rastrear el comportamiento del individuo en Internet⁷⁷.

De este modo, la conservación de esa información permite al remitente, como ha advertido Morón Lerma, realizar una «fotografía digital del internauta, conocer su dirección, gustos, preferencias o entretenimientos, pudiendo efectuar un rastreo complejo de las actividades del usuario en la

⁷⁶ Desde luego, comparado con la gravedad que conllevan los programas rastreadores *sniffers* y el *spyware* que permite el acceso directo a la información contenida en el sistema. Así, MORÓN LERMA, E., «Derecho penal y nuevas tecnologías. Panorama actual y perspectivas futuras», en SANOVAS, P. (ed.), *Internet y pluralismo jurídico: formas emergentes de regulación*, Granada, Comares, 2003, p. 104.

⁷⁷ POULLET, Y., «Hacia nuevos principios de protección de datos en un nuevo entorno TIC», en IDP, núm. 5, 2007, p. 36.

Red»⁷⁸. Para esto sirve particularmente la técnica denominada *data mining* o minería de datos, por la que se busca toda la información relativa a una persona, incluso aquella aparentemente menos trascendente, tratando de enlazarla y relacionarla posteriormente para poder configurar un retrato lo más certero posible de la persona contra la que se va a realizar el fraude o similar.

2.2.4. *Ciberblanqueo de capitales y ciberextorsión*

En otro orden, la anteriormente comentada relación entre el crimen organizado y la cibercriminalidad, hace que en la actualidad se utilice el ciberespacio y sus diferentes servicios para el blanqueo de capitales derivados, normalmente, de las actividades cibercriminales de dichos grupos⁷⁹. Aunque existen muy diversas técnicas para el blanqueo del dinero virtual, las más comunes hasta la fecha son el uso de mulas para el envío de dinero y el logro de divisas por medio de los juegos *online*. Cuando se habla de las mulas, sobre todo en el ámbito del *phishing*, se hace referencia a los usuarios de Internet que tienen (o abren) cuentas bancarias, y que son reclutados vía web bajo la apariencia de un contrato de trabajo realizado desde casa, y que consiste en la recepción en sus cuentas bancarias de dinero y su envío, habitualmente por medio de sistemas como Western Union, o también por transferencia bancaria, a las cuentas corrientes de los cibercriminales a cambio de una pequeña comisión. En cuanto a las webs de juego *online*, éstas suponen la creación de una economía virtual en las que se intercambia el dinero real por dinero virtual para participar en los juegos. Esto es aprovechado por las organizaciones criminales para primero intercambiar el dinero real por dinero virtual y después volverlo a recuperar como real complicando la perseguibilidad de los bienes ilícitos.

Igualmente tiene relación con las bandas organizadas el siguiente comportamiento criminal que únicamente cambia en cuanto a que el ciberespacio es el nuevo medio intimidatorio utilizado, en este caso, aquello con lo que se amenaza. Me refiero a la extorsión realizada por cibercriminales, generalmente por bandas organizadas, consistente en la solicitud de importantes cantidades económicas a cambio de cesar en la realización de algún

⁷⁸ MORÓN LERMA, E., «Derecho penal y nuevas...», *op. cit.*, p. 104. Recuerda la autora que la proliferación de estas conductas con el subsiguiente envío de publicidad no autorizada ha provocado una respuesta normativa en la dirección de permitir tales dispositivos sólo cuando haya autorización directa de los afectados, concretada en la directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas. Al respecto de esta norma y de la configuración del Derecho de datos en relación con las *cookies* véase el completo análisis de POULLET, Y., «Hacia nuevos principios...», *op. cit.*, especialmente pp. 41 y ss.

⁷⁹ WILLIAMS, P., «Organized Crime and Cybercrime: Synergies, Trends, and Responses», en ATC, vol. 6, agosto de 2001, p. 4.

tipo de ciberataque o incluso de empezar a ejecutarlo. Al igual que en los casos de extorsión normal, el criminal aprovecha el hecho de que para la víctima puede resultar más sencillo, e incluso beneficioso, atender a la solicitud del criminal y no recibir el ataque que ser víctima de él y tratar de defenderse posteriormente. En el caso de los comportamientos ciber criminales estas conductas parecen proliferar en relación con las páginas web dedicadas a las apuestas y a los juegos de azar *online*, a las que les interesa pagar cantidades no demasiado grandes a las mafias a cambio de no sufrir un ataque de denegación de servicios o similares en fechas concretas que les puede paralizar la página web y hacerles perder cantidades significativamente superiores⁸⁰.

2.2.5. El ciberacoso

El ciberespacio no sólo es un lugar para las relaciones de tipo económico, también es un medio de intercomunicación personal o social que, como decíamos, se ha popularizado a todos los sectores de la población. Por ello será del mismo modo común, dentro de esta categoría de infracciones tradicionales en las que lo que cambia es el medio de realización de las mismas (ahora virtual), los ataques a bienes personalísimos caracterizados ahora simplemente porque el medio de realización del mismo es Internet u otras TIC. Amenazas, coacciones, injurias, calumnias y otras agresiones al honor o a la libertad pueden realizarse «como siempre» pero a través del ciberespacio. Destaca entre todo ello el ciberacoso, entendido como una macrocategoría englobadora de todas las conductas en las que se aprovecha el uso de distintos instrumentos de comunicación como el Messenger, el correo electrónico, el sistema de comunicación oral Skype o las redes sociales como Twitter o Facebook para realizar el atentado contra la libertad de otra persona⁸¹. Tienen

⁸⁰ KSHETRI, N., «The Simple Economics of Cybercrimes», en *IEEE Security and Privacy. The IEEE Computer Society*, 2006, quien cita como ejemplo el pago de 30.000 dólares que desembolsó *BetWWWTS.com* ante la posibilidad de no poder gestionar más de cinco millones de dólares durante el tiempo que la web iba a estar parada por el ciberataque.

⁸¹ Marco apunta que podemos entender como ciberacoso «la amenaza, el hostigamiento, la humillación o la molestia que una persona ejerce sobre otra, haciendo uso para ello de diferentes tecnologías que, a título de ejemplo pueden ser el correo electrónico, los chats, páginas web, la telefonía móvil, las cámaras digitales, las videoconsolas, etc.», MARCO MARCO, J. J., «Menores, ciberacoso y derechos de la personalidad», en GARCÍA GONZÁLEZ, J. (coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Tirant lo Blanch, 2010, p. 98. Pardo Albiach se refiere al ciberacoso como «el uso de información electrónica y medios de comunicación tales como *e-mail*, mensajería instantánea, mensajes de texto, blogs, teléfonos móviles, buscas, y *websites* (páginas web) difamatorios para acosar a un individuo o grupo, mediante ataques personales u otros medios», PARDO ALBIACH, J., «Ciberacoso: Cyberbullying, grooming, redes sociales y otros peligros», en *ibid.*, p. 54. Chacón Medina lo define como la «conducta repetitiva de acercamiento, acoso y/o amenazas a otra persona, usando alguna de las herramientas de Internet (*e-mail*, listas, salas de charla, tableros electrónicos, mensajes instantáneos...), u otra vía o instrumento electrónico de comunicación», CHACÓN MEDINA, A., «Una nueva cara de Internet: el acoso», en *Revista Eticanet*, núm. 1, Granada, julio de 2003, pp. 1 y ss.

que concurrir, por tanto, dos elementos: que el sujeto activo atente contra la libertad o dignidad de la víctima y que esta conducta se produzca mediante el uso de las nuevas tecnologías⁸². Aunque el ciberacoso se puede dar de muy distintas formas, las más comunes han dado lugar a categorías propias como son el *cyberbullying* o ciberacoso escolar o a menores; el *cyberstalking* o ciberacoso continuado propiamente dicho y el ciberacoso sexual, dentro del cual estaría el *online grooming*. Las analizaré por separado.

2.2.5.1. El *cyberbullying* o acoso escolar o a menores en Internet

Como unión entre el prefijo *cyber* y el término *bullying*, utilizado para hacer referencia al acoso escolar o entre menores, el *cyberbullying* se concibe por la literatura especializada como una variante del ciberacoso en la que un menor atormenta, amenaza, hostiga, humilla, o molesta de alguna otra manera a otro, haciendo uso de Internet, teléfono móvil, videoconsola o alguna otra tecnología telemática de comunicación⁸³. Así ha definido el *cyberbullying* Marco, y similar definición utiliza Belsey, creador de las páginas *www.cyberbullying.org* y *www.bullying.org*, al referirse a él como el uso de las TIC —entre las que menciona el correo electrónico, los mensajes de teléfono móvil (SMS y MMS), la mensajería instantánea y los blogs— por parte de un individuo o un grupo, para, deliberadamente y de forma repetitiva y hostil, dañar a otro⁸⁴.

En el *cyberbullying*, pues, se utiliza el ciberespacio para infligir a la víctima daño psicológico de forma voluntaria y repetida⁸⁵, o, como han señalado desde la psicología, Pérez Martínez y Ortigosa Blanch, «para ejercer el acoso

⁸² Si bien hay determinados autores que exigen también la concurrencia de un tercer elemento para que podamos hablar de ciberacoso, como es la *continuidad* en las acciones de humillación, hostigamiento o molestia. Este tercer elemento determina, explica Marco Marco, «que un hecho aislado no es ciberacoso, no obstante, sí es cierto que una acción puntual en el entorno virtual del acosado puede suponerle un sufrimiento prolongado durante un tiempo (por ejemplo, una determinada imagen colgada en la Red)»; MARCO MARCO, J. J., «Menores, ciberacoso y derechos de la personalidad», en GARCÍA GONZÁLEZ, J. (coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Tirant lo Blanch, 2010, p. 98.

⁸³ MARCO MARCO, J. J., «Menores, ciberacoso y derechos...», *op. cit.*, p. 99. Similar es la definición que ofrece el profesor Pardo Albiach, al referirse al *cyberbullying* como la situación que se da cuando «un niño, adolescente o preadolescente es atormentado, amenazado, acosado, humillado y avergonzado por otra persona desde Internet, mediante medios interactivos, tecnologías digitales y teléfonos», especificando posteriormente que este acoso debe darse por parte de un menor de edad hacia otro menor. PARDO ALBIACH, J., «Ciberacoso: Cyberbullyng, grooming, redes sociales y otros peligros», en GARCÍA GONZÁLEZ, J. (coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Tirant lo Blanch, 2010, p. 56.

⁸⁴ BELSEY, B., «Cyberbullying: An Emerging Threat to the “Always On” Generation», 2005. En Internet, en http://www.cyberbullying.ca/pdf/Cyberbullying_Article_by_Bill_Belsey.pdf (última visita el 7 de octubre de 2011).

⁸⁵ PATCHIN, J. W., e HINDUJA, S., «Bullies Move Beyond the Schoolyard: A Preliminary Look at Cyberbullying», en *YVJJ*, vol. 4, 2006, p. 148. También definen los autores al *ciberbully*, o ciber-

psicológico entre iguales»⁸⁶. Al fin y al cabo las TIC conforman una importante forma de expresión de los jóvenes de la actualidad, por lo que no es de extrañar que los usos y formas de relación, incluso los no deseados, que se dan en el espacio físico se repliquen o extiendan al ciberespacio. En este sentido, y aunque sobre ello se volverá más adelante cuando se realice el perfil victimológico del ciberacosado⁸⁷, puede decirse que el *cyberbullying* no sustituye, sino que complementa muchas conductas de *bullying* entre menores, debido a la popularización también en ese espectro de la población del uso de las TIC en general, y de las redes sociales en particular. Así, se ha dicho que frente al *bullying* tradicional, el poder que se ejerce sobre la víctima ya no es físico ni (tan sólo, pues también puede serlo) social, sino que se trata de un poder en línea que se deriva de la unión entre la crueldad asociada a este tipo de intimidación y la habilidad: es el joven capaz de navegar y dominar el mundo electrónico, el que está en una posición de poder en relación con una víctima y puede utilizar las TIC para acosar a sus víctimas⁸⁸.

Se ha discutido en la literatura dedicada a la materia sobre la consideración del *cyberbullying* como una mera modalidad del *bullying* —en la línea de la definición que ofrece el profesor Marco⁸⁹— o más bien como un fenómeno con identidad propia y caracteres, en lo relativo al agresor y a la víctima, particulares⁹⁰. Por otro lado, hay quien, como Hernández Prados y Solano Fernández, considera que lo que sucede es que existen dos tipos de *cyberbullying*: «Aquél que actúa como reforzador de un *bullying* ya emprendido, y aquella forma de acoso entre iguales a través de las TIC's sin antecedentes»⁹¹ que denominaré *cyberbullying* puro. Explican las autoras que en la primera modalidad se acude al *cyberbullying* cuando las formas tradicionales de acoso ya no son eficientes o satisfactorias para el acosador, utilizando la Red para ver amplificadas los efectos sobre la víctima. En realidad probablemente se acuda al *cyberbullying* cuando el *bullying* no sea «suficiente» para el acosador, ofreciendo el ciberespacio alternativas o mayores posibilidades para su ejercicio de poder psicológico sobre la víctima. Frente a esta modalidad, se refieren las autoras con razón a otra modalidad en la que no tendría por qué haber un motivo basado

matón, como el agresor malévolo que busca explícita o implícitamente placer o beneficio con el maltrato de otros individuos.

⁸⁶ PÉREZ MARTÍNEZ, A., y ORTIGOSA BLANCH, A., «Una aproximación al cyberbullying», en GARCÍA GONZÁLEZ, J. (coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Tirant lo Blanch, 2010, p. 15.

⁸⁷ Cap. V.3.2.2.

⁸⁸ PATCHIN, J. W., e HINDUJA, S., «Bullies Move Beyond the Schoolyard...», *op. cit.*, p. 148.

⁸⁹ Es consciente este autor de que ambos fenómenos responden a causas distintas, «manifestándose de formas muy diversas y contando con estrategias de abordamiento y consecuencias que también difieren».

⁹⁰ PATCHIN, J. W., e HINDUJA, S., «Bullies Move Beyond the Schoolyard», *op. cit.*, pp. 149 y ss.

⁹¹ HERNÁNDEZ PRADOS, M. A., y SOLANO FERNÁNDEZ, I. M., «Ciberbullying, un problema de acoso escolar», en RIED, vol. 10, 2007, pp. 17-36.

en una relación personal anterior para que se llevase a cabo el acoso, pues no hay antecedentes presenciales. Se trataría, por tanto, de un ciberacoso puro, en el sentido de que lo ejercería un menor contra otro al que, o bien no conoce en el espacio físico y sólo se relaciona con él a través de la Red, o bien lo conoce pero no realiza sobre él ningún acto de acoso en el espacio físico. Evidentemente no parece arriesgado adelantar que las características de estas dos modalidades de *cyberbullying*, del que se utiliza como refuerzo del acoso presencial, y del que se realiza únicamente en el ciberespacio sin que exista entre agresor y víctima ninguna relación de acoso en el espacio físico, serán distintas. Y es en este sentido en el que yo creo que asiste razón a Pérez Martínez y Ortigosa Blanch cuando señalan que, a pesar de compartir características con el *bullying*, el *cyberbullying* tiene una autonomía propia, pues atiende a otras causas, se manifiesta de formas muy diversas y sus estrategias de abordamiento y consecuencias también difieren.

Al fin y al cabo, detrás de la multiplicidad de definiciones del *cyberbullying* y de la aparente discusión sobre el carácter autónomo o «derivado» del ciberacoso escolar, hay sin embargo varios acuerdos fundamentales sobre su significado y alcance. El primero, que es tanto *cyberbullying* el realizado en el marco de una actividad de *bullying*, en el que se suma al acoso presencial el ejercido en el ciberespacio; como aquel, también realizado por medio de Internet contra una persona sobre la que no se ejerce ningún tipo de acoso fuera del ciberespacio.

El segundo acuerdo consiste en que, con esta definición, queda fuera del ámbito del *cyberbullying* el acoso de índole estrictamente sexual y también los casos en los que intervienen personas adultas. Por consiguiente, tanto el acosador como el acosado en el *cyberbullying* deben ser menores de edad, tratándose por tanto de un «acoso psicológico entre iguales»⁹², elemento común entre el *bullying* y el *cyberbullying*. En cuanto a la desvinculación entre el *cyberbullying* y el acoso sexual, también existe acuerdo unánime de la literatura⁹³, si bien hay que tener en cuenta, como ha señalado Agustina⁹⁴, que en muchas ocasiones el *cyberbullying* se produce como consecuencia de otros fenómenos, como el *sexting*, utilizándose para el acoso las fotografías realizadas por parte de menores, de desnudos completos o partes desnudas,

⁹² MARCO MARCO, J. J., «Menores, ciberacoso y derechos de la personalidad», en GARCÍA GONZÁLEZ, J. (coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Tirant lo Blanch, 2010, p. 99.

⁹³ Por todos, PÉREZ MARTÍNEZ, A., y ORTIGOSA BLANCH, A., «Una aproximación al ciberbullying», en GARCÍA GONZÁLEZ, J. (coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Tirant lo Blanch, 2010, p. 15.

⁹⁴ AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R., «¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil? Respuestas legales e hipótesis criminológicas ante el *sexting*», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12-11, 24 de diciembre de 2010, <http://criminol.ugr.es/recpc/12/recpc12-11.pdf>, pp. 11:6 y 11:34.

como medio de presión, chantaje, explotación y/o ridiculización contra el menor fotografiado.

Y es que son tantas las conductas aparentemente inocuas entre los adolescentes en el uso de las tecnologías, que pueden derivar posteriormente en *cyberbullying*, que la preocupación por este fenómeno ha llegado tanto a las instituciones estatales, como a los organismos de la Unión Europea. En tal medida es así, que la Comisión Europea firmó en 2009, en el Día para una Internet más segura, un acuerdo con las principales empresas de la web (Facebook, Google/YouTube, Microsoft Europe, Myspace, Yahoo! Europe, entre otras), en el que se pretendían tomar medidas para capacitar a los adolescentes a enfrentarse a los riesgos que puedan encontrar en línea, en el que se hacía referencia expresa al *cyberbullying* como uno de los principales fenómenos a erradicar⁹⁵. En esta misma línea de estudio y prevención del problema del *cyberbullying* por parte de la Unión Europea, la encuesta *EU Kids online II* promovida por la Comisión Europea en su programa *Safer Internet*, realizada en marzo de 2011, desvela que la incidencia del *cyberbullying* entre los internautas españoles de 15 y 16 años es del 7 por 100⁹⁶. Y es que ya en una encuesta anterior, también financiada por la Comisión Europea, se había puesto de relieve que el fenómeno del *cyberbullying* es el riesgo *online* más frecuente entre los menores europeos⁹⁷.

2.2.5.2. El *cyberstalking* (y el *online harassment*)

El *cyberstalking* podría entenderse, siguiendo a Basu y Jones, como el uso de Internet u otra tecnología de comunicación para hostigar, perseguir o amenazar a alguien⁹⁸. La palabra *cyberstalking* viene de la unión del prefijo *cyber*, derivado de la palabra *cyberspace*, y del término *stalking*, que se refiere, como plantean Pathé y Mullen a los comportamientos en los que un individuo inflige a otro intrusiones o comunicaciones repetidas y no deseadas⁹⁹.

El término *stalking* surgió en los años noventa en Estados Unidos, en concreto en el Estado de California tras la muerte de dos actrices famosas a manos de personas que las habían acosado y perseguido durante un tiempo¹⁰⁰. Aunque su uso se propagó a países de Europa como Alemania o

⁹⁵ Este acuerdo se enmarca en la planificación de la Unión Europea para la protección de la infancia y la juventud en el período 2009-2013. En Internet, en <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/232&format=HTML&aged=0&language=ES&guiLanguage=en>.

⁹⁶ En Internet, en <http://www.ciberbullying.com/cyberbullying/2011/03/28/el-7-de-los-quin-ceaneros-espanoles-sufre-bullying-en-internet/>.

⁹⁷ En Internet, en <http://www.ciberbullying.com/cyberbullying/2010/10/21/el-ciberbullying-es-el-riesgo-online-que-mas-hace-sufrir-a-los-menores-segun-un-estudio-europeo/>.

⁹⁸ BASU, S., y JONES, R., «Regulating cyberstalking», en *JILT*, vol. 22, 2007, p. 13.

⁹⁹ PATHÉ, M., y MULLEN, P. E., «The impact of stalkers on their victims», en *BJP*, 1997, p. 12.

¹⁰⁰ SMITH, A., *Protection of Children Online: Federal and State Lawes Addressing Cyberstalking, Cyberharassment and Cyberbullying*, Congressional Research Service, 2009, p. 4.

Italia, y aunque en España hubo una época en que se hicieron manifiestas conductas de persecución, no sólo a famosos, consistentes en esperar a la víctima todos los días en un lugar, o en llamar repetidamente por teléfono y similares, el uso de este término no se encuentra generalizado y de hecho es casi desconocido¹⁰¹ y, lo que es más relevante, no existe una regulación penal expresa que permita sancionar con claridad todos los casos de *stalking*¹⁰². Lo cual, obviamente, también puede decirse del *cyberstalking*.

Por su parte, la dinámica de victimización del *stalking* a través de los medios tecnológicos consiste en una combinación de distintas formas de acoso a través de los medios que facilita la tecnología como el chat, foros, redes sociales, etc. Se sustituyen las llamadas de teléfono a horas en que el sujeto está en casa, o las visitas al trabajo y a la casa, así como los seguimientos no deseados, por otras conductas como el envío de decenas de correos o de mensajes a través de las redes sociales, la puesta a disposición del público de fotos, mensajes o correos de la víctima en páginas web, etc. Lo habitual es que el *cyberstalker* elija a su víctima a través de chats, foros, etc., y que cuando seleccione su objetivo, realice una o distintas formas de persecución, como intentar contactar en repetidas ocasiones, amenazar con violencia física, solicitar sexo de forma explícita, enviar imágenes obscenas entre otras, siempre teniendo en cuenta el carácter repetitivo de la acción. Según Pittaro el medio más común empleado por los *cyberstalkers* es el correo electrónico para enviar mensajes de acoso, amenaza, odio, obscenos o incluir imágenes hirientes¹⁰³. Otras formas de *cyberstalking*, aunque menos usadas, son instar a otros usuarios de Internet a acosar o amenazar a la víctima mediante foros o chat, enviar archivos infectados con la intención de dañar el sistema informático de la víctima y el robo de identidad, siendo estos dos últimos considerados como *cyberstalking* cuando el objetivo del agresor sea intimidar a la víctima.

De forma similar a lo que sucedía, con el *cyberbullying*, el principal debate que plantea la comunidad científica es si el *cyberstalking* es una extensión del *stalking* tradicional o debe ser entendido como un fenómeno diferente. Bocij afirma que ambos fenómenos son cualitativamente diferentes y por lo tanto deben entenderse por separado¹⁰⁴. Bocij y McFarlene's aportan en este sentido tres razones principales: en primer lugar, porque los gobiernos y los medios de comunicación así lo entienden; en segundo lugar, hay

¹⁰¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., «La respuesta jurídico-penal frente al *stalking* en España: presente y futuro», en *Revista del Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV*, 2010. En Internet, en <http://www.uv.es/recrim/recrim10/recrim10a03.pdf>, p. 33.

¹⁰² Véase al respecto el completo estudio de VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Stalking y Derecho penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*, Madrid, Iustel, 2009.

¹⁰³ PITTARO, M. L., «Cyber stalking: An Analysis of Online Harassment and Intimidation», en *IJCC*, vol. 1, núm. 2, 2007, p. 186.

¹⁰⁴ BOCIJ, P., «Victims of cyberstalking: An exploratory study of harassment perpetrated via the Internet», en *FMPRI*, vol. 8, núm. 10, 2003.

ciberacosadores que no podrían acosar en el mundo físico; y en tercer lugar, porque las nuevas tecnologías traerán siempre nuevos delitos¹⁰⁵. Henson mantiene la misma postura afirmando que entre ambos fenómenos existen tres diferencias claras¹⁰⁶. La primera de ellas es referida a la proximidad física entre víctima y victimario. Mientras que para el *stalking* tradicional agresor y víctima deben estar en el mismo espacio físico, en el *cyberstalking* no es necesario¹⁰⁷. Esto a su vez repercute en el tiempo pues si en el fenómeno tradicional hay inmediatez temporal cuando existe proximidad física, en el modo cibernético el tiempo de comisión puede ampliarse, pues el agresor puede mandar un *e-mail* amenazante pero pueden pasar varios días hasta que la víctima lo lea. La tercera diferencia viene determinada por el tipo de elementos de protección eficaz. En el *stalking* existen elementos físicos y sociales que actúan como sistemas de seguridad como el hogar, los amigos y los familiares, mientras que en la modalidad cibernética la seguridad viene dada por elementos electrónicos como sistemas de cortafuegos o por las conductas de autoprotección ejercidas por la víctima, como no hacer pública determinada información o privatizar las cuentas en las redes sociales.

Frente a esta posición, autores como Sheridan y Grant consideran que el *cyberstalking* debe ser entendido como una extensión del *stalking* tradicional porque comparten elementos comunes, como el proceso de acoso, el efecto sobre las víctimas, el efecto sobre terceros, la respuesta de las víctimas y el género del acosador, entre otros¹⁰⁸. En el mismo sentido considera Pittaro que ambos comportamientos vienen alimentados por la rabia, el poder, el control y la ira, siendo el único elemento distintivo entre ambos fenómenos el medio empleado, el medio electrónico, principalmente Internet y otros dispositivos electrónicos de comunicación por lo que son iguales¹⁰⁹.

En mi opinión ambas consideraciones son compatibles. El *cyberstalking* puede ser entendido como una extensión del *stalking*, en cuanto que se ejecuten las mismas conductas de acecho, amenaza y acoso ejercidas con idéntico ánimo por un agresor pero empleando para ello medios tecnológicos. Pero esto no es incompatible con la afirmación, sobre la que luego se profundizará con carácter general, relativa a que el ciberespacio modifica el ámbito de oportunidad criminal y, por tanto, incidirá en el evento delictivo y, por ello, en el ciberagresor y en la víctima. El *cyberstalker* seguirá siendo

¹⁰⁵ BOCIJ, P., y MCFARLANE, L., «Seven fallacies about cyberstalking», en *PSJ*, núm. 149, 2003.

¹⁰⁶ HENSON, B., «Cyberstalking», en FISHER, B. S., y LAB, S. P. (eds.), *Encyclopedia of Victimology and Crime Prevention*, Thousand Oaks, CA, Sage, 2010, p. 254.

¹⁰⁷ El mismo argumento plantea PITTARO, M., «Cyber Stalking: Typology, Etiology, and Victims», en JAISHANKAR, K. (ed.), *Cyber Criminology. Exploring Internet crimes and criminal behavior*. Boca Ratón, CRC Press, 2011, p. 283.

¹⁰⁸ SHERIDAN, L., y GRANT, T., «Is cyberstalking different?», *PCL*, 2007.

¹⁰⁹ PITTARO, M., «CyberStalking: Typology, Etiology...», *op. cit.*, p. 278.

un sujeto que seleccionará a su víctima y la acosará aunque la misma le manifieste su intención de no comunicar más con él, y sólo cambiará, aunque puede significar mucho, la no necesidad de un contacto físico entre agresor y víctima, las posibilidades que da el anonimato para que las conductas de acoso se perpetúen, o los cientos de miles de víctimas a las que puede acceder el *stalker* cuando su ámbito sea el ciberespacio.

Cuestión distinta sucede con el que podríamos denominar *cyberstalking* en sentido amplio o suma de actos de *cyberharassment*. En efecto, hasta el momento nos hemos referido al *cyberstalking* en sentido estricto, aquel que cumple los requisitos exigidos para el *stalking* pero se realiza en el ciberespacio, tal y como es entendido por Pathe y Mullen¹¹⁰, Basu y Jones¹¹¹ o Fraser *et al.*¹¹². Hay, sin embargo, otras definiciones de *stalking* que se limitan a citar los tipos de comportamiento que puede llevar a cabo el *cyberstalker*¹¹³ incluyendo conductas concretas y no una referencia general al acoso continuado. Así, Henson entiende por *cyberstalking* «cualquier tipo de conducta que utiliza dispositivos electrónicos de comunicación, a sabiendas y voluntariamente de cometer cualquiera de los siguientes actos en dos o más ocasiones, con ningún propósito legítimo: ponerse en contacto o intentar contactar con alguien después de haberle pedido esa persona que cesara en el contacto; acosar, atormentar o atemorizar a alguien; robar o intentar robar la identidad de alguien o información acerca de esa persona para perjudicarlo; hacer insinuaciones sexuales no deseadas o injustificadas hacia alguien; y amenazar con causar un daño físico a alguien»¹¹⁴. Los autores que aplican este tipo de definiciones consideran que para que exista un caso de *cyberstalking* deben haberse producido alguna o varias de las conductas planteadas en dos o más ocasiones¹¹⁵. En realidad aquí estaríamos más cerca del *cyberharassment*, también llamado *online harassment*, que es el término que suele utilizarse para referirse a los actos concretos, y no continuados, de *bullying* o *stalking* en el ciberespacio.

La primera de las consecuencias de esta visión distinta del *cyberstalking* es la diferencia abismal que presentan los estudios respecto a la prevalencia del fenómeno. Así observamos que entre los estudios americanos encontramos porcentajes de victimización que oscilan entre el 3,7 por 100 de los encuestados y el 82,1 por 100, aunque haciendo una estimación entre estudios, el porcentaje se sitúa aproximadamente en el 20 por 100 de los

¹¹⁰ PATHÉ y MULLEN: «The impact...», *op. cit.*, p. 12.

¹¹¹ BASU, S., y JONES, R., «Regulating...», *op. cit.*, p. 13.

¹¹² FRASER, C.; OLSEN, E.; LEE, K.; SOUTHWORTH, S., y TUCKER, S., «The new age of stalking: technological implications for stalking», en *JFCJ*, vol. 61, núm. 4, 2010, pp. 39 y ss.

¹¹³ REYNS, B. W., HENSON, B., y FISHER, B. S., «Being Pursued Online: Applying Cyberlifestyle-Routine Activities Theory to Cyberstalking Victimization», en *CJB*, 2011; HENSON, B., «Cyberstalking...», *op. cit.*

¹¹⁴ HENSON, B., «Cyberstalking», *op. cit.*, pp. 253 y ss.

¹¹⁵ REYNS, B., «Being Pursued Online...», *op. cit.*, p. 14.

sujetos estudiados que han sufrido algún tipo de comportamiento de *cybers. talking*¹¹⁶. Por ejemplo, en la encuesta de victimización nacional realizada en Estados Unidos (*National Crime Victimization Study*) obtuvieron que el 26 por 100 de las víctimas de *stalking* habían sufrido algún tipo de *cyberstalking*¹¹⁷. Es evidente, en todo caso, que el *cyberstalking*, especialmente en su concepción más amplia receptora de cualesquiera concreciones de un acoso no deseado realizado en el ciberespacio, encuentra en la web 2.0 unas condiciones realmente fértiles para desarrollarse como conducta criminal. Será necesario realizar estudios empíricos para tratar de situar la dimensión real del fenómeno, y será necesario hacerlo por medio de una metodología común, dado que las investigaciones realizadas hasta el momento difícilmente permiten hacer comparaciones válidas¹¹⁸.

2.2.5.3. El ciberacoso sexual, el *sexting*, el *online grooming*

Dentro de esta genérica modalidad de conductas en el ciberespacio en las que se utilizan los nuevos medios para realizar comportamientos criminales tradicionales, tienen especial importancia, por la significación de los intereses puestos en juego, toda una serie de comportamientos relacionados con la negación del ejercicio libre de la sexualidad por parte de los adultos y con la afectación del proceso de formación de tal libertad sexual en los menores. En realidad son muchas y variadas las conductas en las que se aprovecha el uso de distintos instrumentos de comunicación como el Messenger, el correo electrónico, el sistema de comunicación oral Skype o las redes sociales como Twitter o Facebook para realizar el atentado contra la libertad sexual de otra persona. Hay que tener en cuenta que el atentado puede ser de todo tipo, puesto que la popularización del uso de las *webcams* amplía profundamente el catálogo de comportamientos relacionados con la libertad sexual que pueden ser realizados a través de Internet: ya no se trata únicamente de la posibilidad de realizar un acoso sexual por medio de palabras, sino que ya es posible la difusión directa de contenido sexual a un menor o, incluso, la visualización de una actitud sexual de la víctima coaccionada por una amenaza.

De entre todas las conductas posibles una de las más llamativas, por tratarse de un comportamiento relacionado con la libertad sexual de menores de edad, y por haberse convertido en algo usual entre adolescentes, es el denominado *sexting*¹¹⁹. Consiste en la realización, por parte de menores, de fo-

¹¹⁶ HENSON, B., «Cyberstalking», *op. cit.*, p. 44.

¹¹⁷ BAUM, K.; CATALANO, S.; RAND, M., y ROSE, K., «Stalking Victimization in the United States», en *BJS*, U. S. Department of Justice, Office of Justice Program, enero, 2009. En Internet, en <http://bjs.usdoj.gov/content/pub/pdf/svus.pdf> (última visita el 18 de junio de 2012).

¹¹⁸ HENSON, B., «Cyberstalking», *op. cit.*, p. 44.

¹¹⁹ La locución *sexting* aparece por primera vez en el *Sunday Telegraph Magazine* utilizado por ROBERTS, Y., «The One and Only», 31 de julio de 2005, p. 22.

tografías propias de desnudos completos o parciales y su envío, generalmente por medio del teléfono móvil, a otros, junto con textos obscenos y con la finalidad de conocer personas o de enviar mensajes de amor o de odio ¹²⁰. Aunque en países como China estas actividades han dado lugar a la aplicación de los delitos de pornografía infantil ¹²¹, hay varios caracteres que diferencian el *sexting* de esa conducta, especialmente el que los autores sean generalmente adolescentes, como también quienes reciben los mensajes, si bien en muchos casos, esas fotos pueden ser posteriormente utilizadas por el receptor para ser colgadas en la Red ¹²². El *sexting* todavía no se ha popularizado en España, pero no deja de ser un fenómeno de riesgo si tenemos en cuenta el estudio de Lenhart, que concluye que el 4 por 100 de los adolescentes de 12 a 17 años propietarios de un móvil en Estados Unidos reconocen haber enviado imágenes de desnudos o muy sugerentes de ellos mismos a otra persona vía SMS, y que el 15 por 100 de ellos admite haber recibido tales mensajes ¹²³.

Recientemente, ha salido a la luz un estudio español llevado a cabo por el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación y la empresa Orange que refleja a través de sus cifras que este fenómeno comienza a tener una repercusión importante en España. Este estudio hace la misma diferenciación que Lenhart, entre *sexting activo* (realización de autofotos/vídeos en una postura sexy, provocativa o inapropiada), que entre los niños españoles alcanza asombrosamente el mismo porcentaje que en Estados Unidos (un 4 por 100), y el *sexting pasivo* (recepción de fotos/vídeos de personas de su entorno en una postura sexy, provocativa o inapropiada), que entre los niños españoles es menor que en Estados Unidos (un 8,1 por 100) ¹²⁴. No obstante, la mayoría de los estudios empíricos que sobre este fenómeno se han realizado hasta la fecha son estadounidenses ¹²⁵, y es precisamente el referido

¹²⁰ LENHART, A., «Teens and Sexting: How and why minor teens are sending sexually suggestive nude or nearly nude images via text messaging», en *PIALP*, Washington D. C., 2009. En Internet en <http://www.pewinternet.org/Reports/2009/Teens-and-Sexting.aspx> (última visita el 9 de septiembre de 2010, pp. 1 y ss.).

¹²¹ JAISHANKAR, K., «Sexting: A new form of Victimless Crime?», en *IJCC*, vol. 3, enero-junio de 2009, p. 22.

¹²² *Ibid.*, pp. 21 y ss. Añade que esas fotos pueden incluir imágenes de situaciones comprometidas con otras personas, y que pueden ser enviadas para hacer *bullying*, como forma de venganza durante la ruptura de una relación emocional o por propia solicitud de un tercero que tiene relación con esa persona. Aunque se trata de una conducta que puede no tener trascendencia, el *sexting* puede producir traumas tanto a quien lo crea y envía, como a quien lo recibe.

¹²³ Otras conclusiones interesantes se refieren a que son más bien los adolescentes mayores los que envían y reciben esas imágenes. Véase al respecto, LENHART, A., «Teens and Sexting: How and why...», *op. cit.*

¹²⁴ INTECO, ORANGE, «Estudio sobre seguridad y privacidad en el uso de los servicios móviles por los menores españoles», 2010. Disponible en Internet, en http://www.inteco.es/Seguridad/Observatorio/Estudios/Estudio_moviles_menores, pp. 76 y 77.

¹²⁵ Desde el primero que se efectuó que data de diciembre de 2008, con el nombre «Sex and Tech», realizado por *The National Campaign to Prevent Teen and Unplanned Pregnancy*. En Internet, en http://www.thenationalcampaign.org/sextech/PDF/SexTech_Summary.pdf.

estudio estadounidense de Lenhart el que concluye que los adolescentes de más edad son más propensos a recibir *sexting*: en Estados Unidos, el 4 por 100 de los niños de 12 años ha recibido un mensaje con imágenes sugerentes (desnudos o semidesnudos) de una persona que conocen. A los 16 años, el 20 por 100. Y a los 17, el 30 por 100. Sin embargo, debemos señalar que el fenómeno del *sexting* no sólo se da en los menores de edad, sino que datos estadounidenses revelan que la incidencia del *sexting* entre los adultos es superior a la detectada entre los propios menores: un 31 por 100 de las personas de 18 a 29 años han recibido *sexts* (imágenes con contenido sexual procedentes de una persona conocida), y un 17 por 100 en la franja de edad de 30 a 49¹²⁶.

Pese a lo alarmante de estas cifras, algunos autores han propuesto no intervenir en los casos de *sexting* por cuanto se diferencian, como ya habíamos apuntado anteriormente, con claridad de los casos propiamente de pornografía infantil¹²⁷. Así, se propone catalogarlo entre los *victimlesscrimes* (delitos sin víctima)¹²⁸.

Pero el riesgo del *sexting* no deviene exclusivamente de la propia violación del proceso de formación de la sexualidad que en algunos casos podría suponer, sino más bien de la utilización posterior de las imágenes para otros ataques más graves y para los que ya no habrá consentimiento. Concretamente el *sexting* puede ser el primer paso para posteriores conductas como el *cyberbullying*, un posible abuso o corrupción del menor o la exposición a un chantaje de tipo sexual relacionado con el denominado *grooming*. Además, la difusión de las imágenes a terceros puede desencadenar en conductas de pornografía infantil e incluso puede suponer una presión de tal magnitud en el menor que se ha relacionado con conductas de intento de suicidio y suicidio consumado¹²⁹. Y no siempre el que realice esas conductas será un menor, sino que es perfectamente posible que sea ya un adulto quien acceda a ellas y las utilice con ánimo delictivo.

Debemos insistir en que la peligrosidad de este fenómeno, no reside en la conducta del menor en sí misma, sino que lo preocupante es que ese material, en el contexto tecnológico actual, «puede ser difundido de manera muy fácil y ampliamente, de forma que el remitente inicial pierde totalmente

¹²⁶ LENHART, A., «Pew Research Center. Pew Internet & American Life Project. Teens, Adults & Sexting: Data on sending & receipt of sexually suggestive nude or nearly nude images by American adolescents & adults». Disponible en Internet en <http://www.pewinternet.org/Presentations/2010/Oct/Teens-Adults-and-Sexting.aspx>.

¹²⁷ En el mismo sentido, JAISHANKAR, K., «Sexting: A new form of...», *op. cit.*, pp. 21-25.

¹²⁸ Schur definió los *victimlesscrimes* como aquellos intercambios voluntarios de servicios personales u objetos o productos que están socialmente desaprobados y legalmente prohibidos. SCHUR, E. M., *Crimes without victims: Deviant behavior and public policy: Abortion, homosexuality, drug addiction*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1965, pp. 10 y ss.

¹²⁹ AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R., «¿Menores infractores...», *op. cit.*, p. 11:6. Así, podrían citarse como casos recientes los suicidios de Amanda Todd y Tim Ribberink.

el control sobre la difusión»¹³⁰ de estos contenidos de carácter sexual. Este contexto tecnológico unido a la falta de experiencias y de perspectiva¹³¹, hace que los adolescentes minusvaloren los riesgos asociados a una conducta de *sexting*¹³². De este modo, producen y difunden *sexting* como regalo a su pareja o elemento de coqueteo¹³³. También pueden llegar a realizar este tipo de conductas porque alguien se lo pida, o por mera diversión, así como para impresionar a alguien o para sentirse bien (autoafirmación)¹³⁴. Los adolescentes son, por todo ello, más vulnerables a este tipo de conductas, como destaca la novedosa «Guía sobre adolescencia y *sexting*: qué es y cómo prevenirlo»¹³⁵, que enumera como motivos de esta especial vulnerabilidad de los adolescentes, la falta de cultura de privacidad, la menor consciencia de los riesgos y el exceso de confianza, la sexualización precoz de la infancia y la inmediatez de las comunicaciones.

Centrando nuestra atención ahora en las diferentes modalidades conductuales, lo primero que debemos señalar es que el *sexting* no tiene por qué realizarse necesariamente, como ya he apuntado antes, a través de un teléfono móvil, ya que existen otros comportamientos que podrían encajar en la anterior descripción de este fenómeno. Así, por ejemplo, sería *sexting* la realización de una foto de un desnudo propio por un menor mediante la *webcam* de un ordenador para mandarla a través de un mensaje privado por una red social a la chica que le gusta, así como también el envío mediante mensajes electrónicos de fotos eróticas propias. Como señala Agustina en su reciente obra¹³⁶, entre las posibles formas en las que puede manifestarse este

¹³⁰ *Ibid.*, p. 11:7.

¹³¹ No obstante, algunos autores afirman que conviene ser prudentes al formular afirmaciones estereotipadas sobre adultos y menores, ZHANG, X., «Charging children with child pornography. Using the legal system to handle the problem of Sexting», en *Computer Law & Security Review*, vol. 26, núm. 3, 2010, pp. 251-259. En Internet, en http://ac.els-cdn.com/S026736491000052X/1-s2.0-S026736491000052X-main.pdf?_tid=f3375b4efb6a7df49c6cdf1ad2a856e2&acdnat=1339672723-cec44b38454988e124a22b2b94559b61.

¹³² McLaughlin recuerda que los menores y adolescentes son, por un lado, tremendamente vulnerables a la presión del ambiente y de su círculo de amigos y compañeros; y, por otro, poseen un elevado nivel de atracción hacia las actividades de riesgo. MCLAUGHLIN, J. H., «Crime and Punishment: Teen Sexting in Context», *Express*, 2010. En Internet, en http://works.bepress.com/julia_mclaughlin/1, pp. 136 y ss.

¹³³ En el mismo sentido, GOODMAN, E., «Is “sexting” same as porn?», en *Boston Globe*, 24 de abril de 2009, p. 1: «[i]f you look at the reasons why they share naked content, one is a form of flirting. Another is a way of brokering trust, a guy saying, “You don’t trust me? You won’t send me a naked picture?”». En Internet, en http://www.boston.com/bostonglobe/editorial_opinion/oped/articles/2009/04/24/is_sexting_same_as_porn/.

¹³⁴ COX COMMUNICATIONS: *Teen Online & Wireless Safety Survey. Cyberbullying, Sexting and Parental Controls*, Atlanta, GA, 2009.

¹³⁵ INTECO y PANTALLAS AMIGAS, «Guía sobre adolescencia y *sexting*: ¿qué es y cómo prevenirlo?», febrero de 2011. En Internet, en http://www.inteco.es/Seguridad/Observatorio/guias/Guia_sexting.

¹³⁶ AGUSTINA, J. R. (dir.) et al., *La pornografía: sus efectos sociales y criminógenos. Una aproximación multidisciplinar*, BdeF-Edisofer, 2011, pp. 1 y ss.

fenómeno, además de las ya apuntadas, se encuentran los materiales enviados a terceros de menores fotografiados o grabados manteniendo relaciones sexuales con sus parejas; exparejas desdeñadas que mandan fotografías de su pareja anterior a otros por venganza; o menores que, simplemente, siguen la cadena de transmisión de imágenes reenviándolas irreflexivamente a terceros¹³⁷. Los coleccionistas de pornografía siempre están a la búsqueda de nuevas imágenes y una buena fuente de ellas son las publicaciones que hacen los jóvenes en Facebook o Myspace; de hecho, gran parte del material pornográfico infantil que se maneja en la Red tiene origen en este tipo de conductas¹³⁸.

Leary en un reciente artículo¹³⁹ hace una clasificación de los distintos comportamientos de *sexting*, diferenciando entre las siguientes modalidades conductuales: *a)* el menor que manda una imagen a alguien importante para él; *b)* el menor que hace y/o distribuye imágenes de sí mismo y otros participando en conductas sexuales explícitas; *c)* el menor que transmite o difunde una imagen desnuda de otro joven sin su conocimiento; *d)* el menor que publica dichas imágenes en un sitio web; *e)* el adolescente mayor que pide (o coacciona) a otro joven por tales imágenes; *f)* la persona que se hace pasar por un compañero de clase para engañar y chantajear a otros para que le envíen imágenes; *g)* los adultos que envían fotos o vídeos a menores de edad o poseen imágenes sexualmente explícitas de menores de edad, y *h)* adultos que envían mensajes de texto con imágenes sexualmente sugerentes a otros adultos.

En todo caso, el comportamiento más conocido de ataque relacionado con la indemnidad y la libertad sexual en el ciberespacio es el denominado *child grooming*, que consiste en contactar con menores por medio de las redes sociales o de otras formas de comunicación como salas de chat, canales de mensajería instantánea o similares, para acercarse a ellos e intentar posteriormente un contacto sexual. El *cybergrooming* u *online grooming* definido aquí como ciberacoso sexual¹⁴⁰, proviene de la unión entre el prefijo *cyber* y

¹³⁷ En algunos estudios se han ampliado los límites de la definición de *sexting* hasta tal punto que entrarían dentro de este fenómeno el intercambio de mensajes de contenido sexual explícitamente provocativos que no incorporen imágenes, siempre que se pueda deducir de ellos una clara intencionalidad provocativa de acuerdo con los usos sociales. AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R., «Menores infractores...», *op. cit.*, p. 11:4.

¹³⁸ En este sentido, Humbach afirma en su artículo que: «*In fact, a significant portion of teen-produced material may even be intentionally so*», HUMBACH, J. A., «“Sexting” and the First Amendment», *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 37, 2010, p. 445.

¹³⁹ LEARY, M. G., «Sexting or Self-Produced Child Pornography? The Dialogue Continues. Structured Prosecutorial Discretion within a Multidisciplinary Response», *Virginia Journal of Social Policy and the Law*, 2010, p. 492. En Internet, en <http://scs.student.virginia.edu/vjspl/17.2/Leary%20-%20Structured%20Discretion.pdf>.

¹⁴⁰ MARTÍN LORENZO, M., y RAGUÉS I VALLÈS, R., «Libertad e indemnidad sexuales», en ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. (dir.), *Memento experto reforma penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*, Madrid, Francis Lefebvre, 2010, p. 104, también CUGAT MAURI, M., «Delitos contra la libertad e indem-

el término *grooming*, que comenzó a usarse en la literatura dedicada al estudio criminológico y psicológico de los delincuentes sexuales para describir los comportamientos del «depredador sexual» llevados a cabo durante la primera fase del abuso, en la que el abusador trata de ganarse la confianza del menor y de acceder a información esencial sobre él para la posterior consumación del abuso¹⁴¹. El *grooming*, propiamente dicho, abarcaría todas las conductas preparatorias llevadas a cabo por el abusador sexual hasta lograr el encuentro con la víctima potencial¹⁴², y consistiría generalmente en un proceso de seducción¹⁴³ de algún menor que, por la general inexperiencia de los menores en las relaciones amorosas¹⁴⁴, y por la general incapacidad en la fase temprana de la adolescencia (12 a 14 años) para comprender la naturaleza sexual que tienen muchas de las conversaciones¹⁴⁵, son especialmente vulnerables a este tipo de ataques. Aun así, es el propio abusador que lleva a cabo el *grooming* el que aprovecha los puntos débiles de los niños y adolescentes para tratar de ganarse su confianza: bien simulando compartir *hobbies*¹⁴⁶, o más generalmente convirtiéndose en el «adulto que comprende» a la víctima potencial como, por el contrario, no parecen hacer los adultos cercanos a ella¹⁴⁷. De hecho, la víctima del *grooming* es seleccionada por el abusador, quien busca a los menores más débiles, especialmente aquéllos con vulnerabilidades relacionadas con la incomprensión familiar o social, para centrar en ellos el ataque¹⁴⁸. Y ésta es una de las características del

idad sexuales», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 235. Aunque el *grooming* no es propiamente un acoso sexual tal y como técnicamente se concibe por el ordenamiento jurídico español, creo que el término podría ser válido siempre que se le añada «a menores», pues en caso contrario el término no se correspondería con lo que pretende describir.

¹⁴¹ SALTER, A. C., *Predators: Pedophiles, Rapists, and Other Sex Offenders: Who They Are, How They Operate, and How We Can Protect Our Children*, New York, Basic Books, 2003, pp. 46 y ss.

¹⁴² MCALINDEN, A. M., «Setting “Em Up”: Personal, Familial and Institutional Grooming in the sexual Abuse of Children», en *SLS*, vol. 15, núm. 3, 2006, p. 339.

¹⁴³ BERSON, I. R., «Grooming Cybervictims: The Psychosocial Effects of Online Exploitation for Youth», en *JSC*, vol. 2, núm. 1, 2003, p. 11.

¹⁴⁴ WOLAK, J.; FINKELHOR, D.; MITCHELL, K. J., e YBARRA, M. L., «Online “predators” and their victims: myths, realities and implications for prevention and treatment» (2008), en *APs*, vol. 63, en Internet en <http://psycnet.apa.org/journals/amp/63/2/111/> (última visita el 21 de diciembre de 2010), p. 114.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 115. En todo caso, señalan los autores a partir de la revisión de los estudios psicológicos sobre la sexualidad en la etapa adolescente, que no se puede atribuir el riesgo de ser objeto de ataques de *grooming* a la supuesta «inocencia sexual», sino a una suma de factores asociados a la sexualidad en la adolescencia, como el crecimiento de la curiosidad sexual y la necesidad de conocimiento y de experiencias del joven durante la transición de la infancia a la etapa adulta.

¹⁴⁶ YOUNG, K. S., «Profiling online sex offenders, cyber-predators, and pedophiles», en *JBP*, vol. 5, núm. 1, 2005, p. 9.

¹⁴⁷ LANNING, K. V., «Law enforcement perspective on the compliant child victim», en *AP-SACA*, vol. 14, núm. 2, 2002, p. 5.

¹⁴⁸ Véase en este sentido, la revisión criminológica llevada a cabo por MCALINDEN, A. M., «Setting “Em Up”...», *op. cit.*, pp. 349 y 350, donde señala, a partir de la revisión de los estudios empíricos existentes, los rasgos principales de victimización frente al abuso sexual de un extraño,

grooming que hacen que el mismo entrañe una gran peligrosidad, en sentido cuantitativo, cuando se realiza a través de Internet.

Lo cierto es que el *grooming*, tal y como lo hemos definido, existe mucho antes de que apareciera la Red de redes, y tampoco fue esta conducta la primera o por lo menos la primeramente conocida forma de pedofilia (y en general realización de ataques sexuales contra menores) en Internet, que mucho antes de la constatación del problema de la seducción de menores con fines de encuentro sexual, ya se había convertido en el paraíso de la pornografía infantil. Sin embargo, ya a finales del siglo pasado se comenzó a percibir que algunos pedófilos accedían a los chats en Internet para «molestar» a los menores y hacerles proposiciones¹⁴⁹, asemejándose dichas prácticas al *grooming* tradicionalmente entendido. Bien por medio del envío de mensajes, por *e-mail* o, más comúnmente, a través de las salas de chat, algunos adultos intimaban con menores y conversaban con ellos tratando, y en algunos casos logrando, contactar personalmente con ellos. Y este tipo de conductas de los también denominados depredadores sexuales se ha incrementado significativamente debido al general incremento y popularización del uso de Internet¹⁵⁰.

El ciberacoso sexual a menores, o *cybergrooming*, se puede llevar a cabo usando cualquiera de las TIC que permiten el contacto con menores. Sin embargo, hay importantes estudios criminológicos que analizan qué prácticas en Internet son las que más pueden incidir en el hecho de ser víctima de un ataque de ese tipo y que nos informan, por tanto, sobre las formas en las que suele aparecer el *online grooming*. Pues bien, toda la literatura americana que ha tratado el tema, coincide en que el *grooming* está particularmente presente en las *chat rooms* o salas de chat. También lo certifican los estudios empíricos victimológicos que demuestran que sobre un tercio de los jóvenes que reciben solicitaciones explícitas vía *online*, las han recibido en salas de chat¹⁵¹. Al fin y al cabo, en el chat, frente a otras formas de comunicación como los correos electrónicos o los foros, hay una comunicación instantánea entre sujetos, siendo habituales las charlas sobre sexo explícito y el envío de solicitudes de relaciones sexuales explícitas¹⁵². También hay otras formas de realización del *online grooming*, que, como se vio en el estudio criminológico

como pueden ser el tratarse de niños con necesidades especiales y problemas de aprendizaje, menores en entornos familiares muy conflictivos donde hay un traumático proceso de separación, donde la madre está enferma o tiene problemas con las drogas, o también menores solos sin un entorno familiar protector, etcétera.

¹⁴⁹ DURKIN, K. F., «Misuse of the Internet by Pedophiles: Implications for Law Enforcement and Probation Practice», en *FP*, vol. 61, 1997, pp. 14 y ss.

¹⁵⁰ WOLAK, J.; FINKELHOR, D.; MITCHELL, K. J., e YBARRA, M. L., «Online "predators"...» *op. cit.*, p. 112.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 113.

¹⁵² MITCHELL, K. J.; FINKELHOR, D., y WOLAK, J., «Youth Internet users at risk for the most serious online sexual solicitations», en *AJPM*, vol. 32, núm. 6, 2007, pp. 532-537.

general, parten del envío por la víctima de información personal a personas desconocidas. Por el contrario, no parece que el uso de redes sociales conlleve, por sí mismo, un mayor riesgo de ser víctima del *grooming*¹⁵³, lo cual tiene gran importancia si tenemos en cuenta el estudio de Lenhart y Madden, que certifica que a finales de 2006, cuando todavía no se había producido la explosión de Facebook, el 55 por 100 de los usuarios de Internet jóvenes de 12 a 17 años empleaban ese tipo de redes tipo Myspace¹⁵⁴. Las encuestas a usuarios jóvenes muestran, según sus propias experiencias, que es por la vía de los mensajes directos o por medio del chat, más que a través de las redes sociales, por donde reciben solicitudes de naturaleza sexual en Internet¹⁵⁵.

Pero Internet no sólo ha cambiado la forma de hacer *grooming*, sino que, y como se verá posteriormente, ha modificado el perfil del sujeto que lo hace¹⁵⁶ y de la víctima que lo padece¹⁵⁷, y ha incrementado el número potencial de agresores y víctimas, todo lo cual ha supuesto, asimismo, el incremento del temor social ante una conducta que era tan peligrosa, o quizás más, que la actualmente realizada por Internet, pero que ahora es más visible a los ojos de «la sociedad insegura». Esto es absolutamente lógico si tenemos en cuenta, además del actual empuje de los medios de comunicación social y su papel transmisor de sensación de inseguridad, que la conducta de molestar a menores proponiéndoles relaciones sexuales ha aumentado cuantitativamente al ser realizada en Internet. Sin embargo, no parece que cualitativamente dichas conductas sean más peligrosas, ni siquiera iguales, a las del *grooming* tradicional en las que la propuesta se realizaba por parte de un pedófilo sobre un menor de doce años y existiendo un contacto directo y no virtual, entre ellos. Y la cuestión no es baladí, dado que el CP español ha procedido a tipificar en el artículo 183 bis únicamente el *grooming* realizado a través de las TIC, y no el auténtico y más peligroso para los preadolescentes. Como se ha visto, gran parte de las proposiciones sexuales a través de Internet no buscan mantener un contacto con un menor de trece años para posteriormente abusar de él, sino que más bien buscan adolescentes de entre quince a diecisiete años con experiencias sexuales anteriores que estén dispuestos a mantener una relación con un adulto, mientras que el pedófilo sobre todo usa esos medios para obtener información sobre las potenciales víctimas y acercarse luego a ellas.

¹⁵³ WOLAK, J.; FINKELHOR, D.; MITCHELL, K. J., e YBARRA, M. L., «Online “predators” ...», *op. cit.*, p. 114.

¹⁵⁴ LENHART, A., y MADDEN, M., *Teens, privacy and online social networks: How teens manage their online identities and personal information in the age of MySpace* (2007), en Internet en <http://pewresearch.org/pubs/454/teens-privacy--online-social-networks> (última visita el 10 de septiembre de 2010).

¹⁵⁵ WOLAK, J.; FINKELHOR, D.; MITCHELL, K. J., e YBARRA, M. L., «Online “predators” ...», *op. cit.*, p. 115.

¹⁵⁶ Cap. IV.2.3.

¹⁵⁷ Cap. V.3.2.2.

2.3. Ciberataques de contenido

El último grupo de tipologías de cibercriminalidad es, en realidad, una forma concreta de los que hemos denominado ciberataques réplica, pero con una singularidad tal y con problemáticas jurídicas tan especiales que merece ser tratada por separado. Se trataría de la categoría de ciberataques de contenido, y aglutinaría a todas aquellas en las que el centro de la infracción lo constituye el contenido que se comunica o se transmite a través de las redes telemáticas, particularmente de la Red de redes, Internet¹⁵⁸. La facilidad con la que hoy se puede digitalizar cualquier tipo de información y con la que se puede comunicar la misma a múltiples receptores simultáneamente y situados en lugares diversos de todo el mundo, convierte a la Red en un medio abierto en el que los contenidos ilícitos, al igual que los lícitos, también pueden «campar a sus anchas». Hay que tener en cuenta además que, frente al resto de medios de comunicación, Internet funciona simultáneamente como un medio de edición y de comunicación¹⁵⁹, en el sentido de que, como bien advirtió Morón Lerma, la dicotomía entre emisor y receptor se difumina en el ciberespacio¹⁶⁰, donde un usuario puede pasar de ser receptor a ser comunicador y productor de contenidos¹⁶¹. Si a ello se suma la ya comentada popularización de Internet y la facilidad para el acceso y el envío de información a través del mismo, y la progresiva utilización por los menores de este sistema de comunicación, se puede entender entonces que desde hace ya más de una década surgiera una preocupación por los contenidos¹⁶², ante la aparición de todo un conjunto de conductas a las que

¹⁵⁸ La doctrina admite generalmente la existencia de esta categoría de cibercriminalidad, si bien distingue aquellas conductas en las que lo que se transmite son contenidos ilícitos, de aquellas otras en las que el objeto de la difusión son contenidos nocivos. LÓPEZ ORTEGA, J. J., «Libertad de expresión y responsabilidad por los contenidos en Internet», en *CDJ*, núm. 10, 2001, p. 96. Los primeros son aquellos cuya tenencia o difusión supone, en todo caso, una ilicitud, como ocurre con la pornografía infantil; los segundos, en cambio, serían aquellos a los que no se vincula sanción penal alguna, pero que pueden resultar ofensivos o perjudiciales para un receptor inadecuado (material pornográfico en general, que puede resultar delictivo si se transmite a menores de edad). Junto a ellos, podríamos incluir un tercer grupo en el que el contenido no es lícito o ilícito dependiendo de sí mismo o de a quién se transmite, sino de si su transmisión se realiza con o sin autorización del titular. Éste sería el caso de los objetos de derecho de propiedad intelectual e industrial, cuya difusión o puesta a disposición de terceros puede resultar ilícita cuando no tenga la autorización del titular de los derechos. En el mismo sentido véase MORÓN LERMA, E., «Derecho penal y nuevas...», *op. cit.*, pp. 99 y 100, y MORALES PRATS, F., «Los ilícitos en la Red (II): Pornografía infantil y ciberterrorismo», en ROMEO CASABONA, C. M. (coord.), *El cibercrimen...*, *op. cit.*, pp. 271 y ss.

¹⁵⁹ LÓPEZ ORTEGA, J. J., «Libertad de expresión...», *op. cit.*, pp. 117 y ss.

¹⁶⁰ MORÓN LERMA, E., *Internet y Derecho penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la Red*, Cízur Menor, Aranzadi, 2002 (2.ª ed.), p. 117.

¹⁶¹ Paradigmático es el ejemplo de las redes P2P de intercambio de archivos, donde a menos que se opte expresamente por no compartir un contenido, en el mismo momento en que se descarga un archivo, ya se está poniendo el mismo a disposición de cualquiera que entre en la Red.

¹⁶² LÓPEZ ORTEGA, J. J., «Libertad de expresión...», *op. cit.*, p. 91.

les une que la ilegalidad deviene, no del medio utilizado, sino del contenido distribuido por Internet, y a las que, pese a afectar a bienes jurídicos muy diferentes entre sí, les une todo un conjunto de problemáticas penales relacionadas con la distribución de contenidos: especialmente la atribución de la responsabilidad en cascada o a varios sujetos distintos (entre ellos los prestadores de servicios)¹⁶³, o la tensión entre la eficacia en la persecución de estos contenidos con los derechos fundamentales, en general, y la libertad de expresión en particular¹⁶⁴; equilibrio que, como señaló Morón Lerma, si ya es difícil lograr en la realidad analógica, resulta aún más complejo en el ciberespacio en el que siempre subyace una pugna «recrudecida tras lo ocurrido el 11-S, entre libertad y control»¹⁶⁵.

Dentro de este tipo de infracciones que son llevadas a cabo por sitios webs (páginas y blogs) más que por particulares, habrá que diferenciar además, aquéllas en las que se distribuye directamente el contenido ilegal, de las otras, mayoritarias, en las que lo que se hace es poner a disposición de terceros el mismo, e incluso de otras en las que simplemente se sistematizan los contenidos y se facilitan enlaces para su acceso en otros terminales y sistemas informáticos. Por último, dentro de esta tipología de comportamientos, en los que la ilicitud se relaciona directamente con el contenido, habría que incluir aquellas conductas, directamente relacionadas con las acabadas de mencionar, en las que no se difunde o distribuye el mismo, sino que tan sólo se posee. Generalmente la ilicitud de muchas de las conductas ilícitas relacionadas con el uso de las TIC deviene de la transmisión del contenido, pero dada la dificultad de la prueba de tal actividad no es inusual el adelantamiento de la punición a comportamientos en los que no hay comunicación del contenido pero sí posesión. Esto ocurre, como se verá, con la pornografía infantil, cuya tenencia dará lugar directamente a infracción penal en el artículo 189.2 CP. Lo que igualmente sucede con la tenencia de determinados dispositivos y programas informáticos destinados a la supresión de barreras de protección relacionadas con la piratería intelectual o con el fraude informático en el artículo 248 CP.

Junto a todas estas infracciones en las que se comunica o distribuye contenido ilegal, hay que añadir como ataque caracterizado por que el centro de la infracción lo constituye el contenido que se transmite a través de redes telemáticas, la piratería intelectual en Internet. En este caso, el contenido no es en sí ilegal, pero sí puede serlo su transmisión sin autorización de los titulares de derechos de explotación exclusiva que se ven afectados por la misma.

¹⁶³ Véase *infra* cap. II.

¹⁶⁴ López Ortega plantea el conflicto entre la eficacia y la tutela de la intimidad, LÓPEZ ORTEGA, J. J., «Libertad de expresión...», *op. cit.*, pp. 91 y ss., puesto que es evidente que el mismo puede resultar en ocasiones un obstáculo para la identificación de los responsables de las infracciones.

¹⁶⁵ MORÓN LERMA, E., «Derecho penal y nuevas tecnologías...», *op. cit.*, p. 99.

Por último también deben diferenciarse estas tipologías de ciberataques de otras en las que la ilicitud no deviene del propio contenido, sino de las características del propio receptor del mismo. Así, la pornografía no es ilícita en el ciberespacio, pero sí puede ser parte de un ciberataque sexual a un menor.

Con todo esto podríamos decir que hay tres clases de cibercrímenes de contenido en el ciberespacio tal y como se ve en la siguiente tabla, si bien sólo las dos primeras plantean las características criminológicas similares y las problemáticas jurídicas derivadas de ellas que hemos comentado.

Tabla 2.3. Clases de cibercrímenes de contenido en el ciberespacio. Elaboración propia.

<i>Cibercrímenes por la ilicitud del contenido</i>	<i>Cibercrímenes por la no autorización en la explotación del contenido</i>	<i>Cibercrímenes por la víctima que recibe el contenido</i>
Pornografía infantil	Piratería intelectual	Pornografía a menores
Ciberterrorismo (incitación a la delincuencia terrorista)	Piratería industrial (marcas, diseños)	
<i>Cyberhate speech</i> o incitación al odio racial en el ciberespacio	Descubrimiento de secretos de empresa en Internet	

2.3.1. La ciberpiratería intelectual

Ya nadie niega la incidencia que ha tenido Internet en los derechos de propiedad intelectual y, por ello, en el mercado de obras del ingenio, que se nutría de la explotación de los mismos. Aquello que se dijo respecto a los derechos de propiedad intelectual a raíz de la aparición del ciberespacio de que «todo lo que conocíamos es ahora falso, vamos a tener que aprenderlo de nuevo»¹⁶⁶, podría valer también para una industria que se ha visto significativamente afectada por las nuevas formas de explotación no autorizada de los derechos de autor sobre obras videográficas, cinematográficas, musicales o *software*. Aunque las estadísticas existentes han sido generalmente realizadas por la propia industria afectada y existan estudios que ponen en duda la neutralidad de las mismas, es indudable que la popularización del ciberespacio ha conllevado significativas pérdidas de ingresos de la industria de las obras del ingenio.

La principal razón de tal disminución de ingresos por parte de la industria se sitúa generalmente en la que, se ha denominado, no siempre con la

¹⁶⁶ BARLOW, J. P., «A Not Terribly Brief History...», *op. cit.*

precisión necesaria, piratería digital o ciberpiratería digital. Así, y conforme a los datos ofrecidos por el Observatorio de Piratería, el valor total de los contenidos digitales pirateados en España ascendió en el primer semestre de 2011 a 5.229,4 millones de euros, casi cuatro veces el valor del consumo legal, sobre una industria que generó un volumen de negocio de 1.538,1 millones en ese mismo período. Conforme a ese estudio, la tasa media de piratería es del 77,3 por 100 para el conjunto de los mercados analizados, si bien el de la música con un 98,2 por 100, y el de las películas con el 73,9 por 100, son los que mayores porcentajes alcanzan, seguidos de los videojuegos, con un 61,7 por 100, y de los libros, con un 49,3 por 100¹⁶⁷. Es obvio que el cálculo que se realiza parte de dar valor, a partir de la consideración hipotética de que fuera contenido legal y según su precio de mercado, a una mercancía que no la tiene, por lo que no resulta posible asimilar a pérdidas el valor de los contenidos digitales. Pero también existen datos sobre la pérdida de ingresos de la industria, sobre la venta de música grabada y la venta de música digital que demuestran la clara relación entre la popularización de la piratería intelectual y el descenso de las ventas de música. Así, según el informe IFPI (International Federation Phonographic Industry)¹⁶⁸ de 2012, en 2011 las ventas de música grabada a nivel mundial cayeron un 3 por 100 en 2011 y un 37 por 100 acumulado desde 1999, año en que la industria discográfica marcará su récord histórico con un valor de facturación mundial de 38.600 millones de dólares¹⁶⁹. Concretamente, las ventas de música en España se redujeron alrededor del 55 por 100 entre 2005 y 2010 —una tasa de disminución muy por encima de la media mundial—, pues ya sólo en 2010 el mercado se redujo en un 22 por 100¹⁷⁰. Otras fuentes, como Promusicae¹⁷¹, también ponen de relieve la especial disminución de las ventas en España, explicando que durante el año 2009 los españoles gastaron 211 millones de euros en música, lo que supone un 17 por 100 menos que el año 2008 y debido a esta gran caída, el crecimiento en el mercado digital no ha

¹⁶⁷ Según este mismo estudio, por tipo de contenidos los resultados son los siguientes: el valor de lo pirateado en la industria de la música alcanzó en el primer semestre de 2011, un total de 2.746,4 M €. El valor de lo pirateado para la industria de las películas alcanzó en el primer semestre de 2011 un total de 1.401,6 M €. El valor de lo pirateado para la industria del videojuego alcanzó en el primer semestre de 2011 un total de 288,2 M €. El valor de lo pirateado para la industria del libro fue en el primer semestre de 2011 de un total de 793,1 M €. Por tanto, del total del valor de los contenidos pirateados, 5.229,4 M €, en el primer semestre de 2011. ACHAERANDIO, R., y MALDONADO, F., «Observatorio de piratería y hábitos de consumo de contenidos digitales», 2011, p. 2. Véase al respecto de los hábitos de consumo, PEUKERT, A., «Why Do “Good People” Disregard Copyright on the Internet?», en *Social Science Research Network*, 17 de agosto de 2010, pp. 2 y ss.

¹⁶⁸ IFPI representa a la industria discográfica mundial, con 1.400 compañías como miembros en 72 países y asociaciones afiliadas en 44 países.

¹⁶⁹ Informe de la Música Digital de IFPI 2012.

¹⁷⁰ IFPI Digital Music Report 2011, p. 15.

¹⁷¹ Promusicae agrupa a 86 miembros, tanto filiales de empresas discográficas multinacionales como empresas independientes que, en su conjunto, representan a más del 95 por 100 de la actividad nacional del sector de la música grabada.

podido paliar el declive general del sector¹⁷². Y es que las tendencias de piratería varían considerablemente según el país, pues el Informe IFPI de 2011 confirma que Brasil y España están entre los mercados con el mayor número de usuarios que acceden a los servicios sin licencia, con el 45 y el 44 por 100 respectivamente¹⁷³, una proporción muy por encima de la europea —donde el promedio es del 23 por 100¹⁷⁴—.

Ahora bien, ¿qué es la ciberpiratería¹⁷⁵ digital? Paralelamente al crecimiento del valor de los bienes intelectuales en la nueva sociedad de la información, bien por la potencialidad de la *www* como medio de difusión o bien por materializarse en diferentes formas de *software* con el valor que el mismo tiene en la actualidad, hasta convertirse en los bienes más importantes económicamente del mundo en el que vivimos; han surgido formas de explotación ilícita de obras protegidas. Desde la venta directa de obras digitalizadas, pasando por la comunicación pública de las obras vía *streaming* a cambio de una cantidad de dinero, entre otras muchas, Internet ha dado lugar a variadas conductas caracterizadas por la infracción de derechos de propiedad intelectual y que englobarían lo que se viene denominando ciberpiratería.

La mayor parte de ellas, sin embargo, han acabado desapareciendo debido al impacto del comportamiento que, sin lugar a dudas, más daño ha hecho a la industria del entretenimiento, pero sobre el que más podría discutirse su consideración como piratería digital¹⁷⁶: el intercambio gratuito de archivos.

En efecto, si hay un comportamiento que ha puesto en jaque los intereses de los titulares de derechos de explotación exclusiva de propiedad intelectual en el ciberespacio ése es el del intercambio de archivos. El uso compartido de archivos se inició con el protocolo IRC (*Internet Relay Chat*) a mediados de la década de los noventa, alcanzando en el cambio de milenio su apogeo con Napster, primero, y luego con un nuevo sistema de intercambio de archivos con un protocolo P2P (*peer-to-peer*)¹⁷⁷. Este sistema

¹⁷² GIMENO, M. (dir.), «España, Informe anual...», *op. cit.*, p. 224.

¹⁷³ IFPI Digital Music Report 2011, p. 14.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 15.

¹⁷⁵ Algunos autores, como Filby, se refieren a este concepto de la siguiente forma: «*The literal term of piracy is defined as "the unauthorized use or reproduction of another's work", while cyber is attributed as "relating to or characteristic of the culture of computers, information technology, and virtual reality". Thus cyber piracy in the context of the entertainment industries can encompass any person who utilises IP in a digital form without the authorization of the rights holder*». FILBY, M., «File-Sharers: Criminals, Civil Wrongdoers or the Saviours of the Entertainment Industry? A Research Study into Behaviour, Motivational Rationale Legal Perception Relating to Cyber Piracy Hertfordshire», en *Law Journal*, 5 (1), 2-77, p. 57.

¹⁷⁶ Si lo hace así, incluyendo entre las conductas de piratería no sólo la descarga directa sino también el intercambio de archivos en sistemas P2P, el citado informe de ACHAERANDIO, R., y MALDONADO, F., «Observatorio de piratería...», *op. cit.*, 2011, p. 2.

¹⁷⁷ PEUKERT, A., «Why Do "Good People" Disregard Copyright...», *op. cit.*, p. 2. Sobre la evolución del sistema Napster al P2P, véase MIRÓ LLINARES, F., *Internet y delitos contra la propiedad intelectual*, Madrid, Iberautor Promociones Culturales, 2005.

permaneció en auge, con programas como eMule o Ares que compartió con los sistemas de *streaming*¹⁷⁸, hasta que se ha puesto en boga el sistema de descarga directa, surgiendo sitios de hospedaje como Megaupload, RapidShare o MediaFire, que si bien servían en apariencia para guardar archivos y codificarlos, se relacionaban con múltiples blogs y páginas que enlazaban los nombres de los contenidos protegidos con los de los códigos de descarga en webs de este tipo. Y si bien el cierre de Megaupload por parte del FBI pudo suponer un aparente golpe al sistema de descargas en Internet, su sustitución inmediata por otras webs y otros sistemas de intercambio gratuito de archivos conlleva que, de momento, no sea la opción más cómoda para el consumidor de bienes culturales en el ciberespacio el pagar por ello. De hecho, además de la proliferación de sitios de descarga gratuita de archivos y de nuevas formas de explotación, en ocasiones lícitas, pero contrarias a la configuración tradicional de la propiedad intelectual, se une el hecho de que en los motores de búsqueda como Google, Yahoo! y Bing, muchos de los principales resultados que brindan sus páginas proporcionan enlaces a contenidos no autorizados o a sitios que infringen los derechos de autor. Estas empresas, sin embargo, tratan de responder inmediatamente a las demandas y solicitudes de los titulares de los derechos.

Aunque millones de personas son conscientes de que pueden estar infringiendo los derechos de autor, continúan cargando y descargando datos ilegalmente¹⁷⁹. Este problema global se está tratando de afrontar de muy distintas formas, que van desde la atribución de responsabilidad civil en Estados Unidos directamente a los que realizan descargas gratuitas, pasando por la imposición de penas privativas de libertad en Alemania a los usuarios que copien archivos para uso privado en sistemas P2P, hasta el cierre de los sitios web dedicados a intercambiar archivos o a sistematizar enlaces para ello por medio de un procedimiento administrativo, solución prevista en Francia y que ha sido parcialmente copiado en España por la llamada Ley Sinde. Y todo ello mientras se mantiene el mismo sistema penal que en ningún caso permite sancionar el intercambio gratuito entre usuarios de archivos protegidos¹⁸⁰. Pese a no ser éste el lugar para realizar un análisis jurídico, me resisto a obviar el absurdo que supone que junto a comportamientos que sí tienen una lesividad potencialmente muy importante como el plagio, conductas como la distribución física de copias (el conocido top manta), cuya incidencia en la actualidad es casi ridícula para los intereses patrimoniales

¹⁷⁸ También con modelos de distribución *online* exitosos, como Spotify, que cuenta con casi ocho millones de usuarios en los países que opera. La distribución de los contenidos musicales se basa en el *streaming* y tiene un modelo mixto de financiación, una versión gratuita a cambio de la escucha de publicidad cada dos o tres canciones, y el pago por suscripción mensual que da opción a trasladar la música al teléfono móvil. GIMENO, M. (dir.), «España, Informe anual sobre el desarrollo de la sociedad de la información en España, Fundación Orange», *op. cit.*, p. 220.

¹⁷⁹ PEUKERT, A., «Why Do "Good People" Disregard Copyright...», *op. cit.*, p. 6.

¹⁸⁰ MIRÓ LLINARES, F., *Internet y delitos...*, *op. cit.*

de los titulares de los derechos, pueden ser sancionadas penalmente pese a que el perjuicio patrimonial de muchas de ellas, analizado individualmente, no llegue a los cuatrocientos euros. Mientras, el intercambio gratuito de archivos llevado a cabo en webs que obtienen gracias a las visitas, pingües beneficios económicos similares a los perjuicios que obtienen los productores por la disminución de las ventas en un mercado de distribución de ejemplares físicos que está literalmente agonizando, es impune para los usuarios y difícilmente punible para las páginas web que, además, van adaptando sus formas de comunicación para huir de la persecución penal de estos comportamientos.

2.3.2. Pornografía infantil en Internet

Pese a tratarse de un concepto que socialmente parece no tener discusión, no es sencilla la definición de la pornografía infantil tal y como demuestran las variantes ofrecidas por la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003¹⁸¹, o el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000 (RCL 2002, 300) y ratificado por España (BOE, 31 de enero de 2002)¹⁸². La compleja construcción de un concepto unánime de este fenómeno viene dada, según ha puesto de manifiesto Morales Prats¹⁸³ entre otros¹⁸⁴, por la multiplicidad de factores que en él influyen, tanto de tipo cultural como moral, pero sobre todo por lo «confuso y altamente inadecuado»¹⁸⁵ del propio término como ha señalado buena parte de la doctrina¹⁸⁶. Y es que en realidad, como subraya Agustina, no debemos

¹⁸¹ Según la cual (art. 1), se entiende por pornografía infantil cualquier material pornográfico que describa o represente de manera visual: «a) un niño real practicando o participando en una conducta sexualmente explícita, incluida la exhibición lasciva de los genitales o de la zona pública de un niño; b) a una persona real que parezca ser un niño practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso a), o c) imágenes realistas de un niño inexistente practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso a)».

¹⁸² Que define como pornografía infantil «toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales».

¹⁸³ Quien apunta que estas fluctuaciones conceptuales tienen un reflejo en los conceptos legales utilizados por los ordenamientos de cada país. MORALES PRATS, F., «Pornografía Infantil e Internet: La respuesta en el Código Penal español», en CASALLO LÓPEZ, M. (dir.), *Problemática jurídica en torno a fenómenos de Internet*, Madrid, Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp. 178 y ss.

¹⁸⁴ También en este sentido, SANZ MULAS, N., «Pornografía en Internet», en *Revista Penal*, núm. 23, 2009, p. 185.

¹⁸⁵ AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R., «¿Menores infractores...», *op. cit.*, p. 11:33.

¹⁸⁶ En este sentido, TAYLOR, M., y QUAYLE, E., *Child Pornography. An Internet Crime*, New York, Routledge, 2003; LEARY, M. G., «Self-Produced Child Pornography: The Appropriate Societal Response to Juvenile Self-Sexual Exploitation», *Virginia Journal of Social Policy and the Law*,

referirnos únicamente al describir este fenómeno al material pornográfico con temáticas de niños (o menores), que es a lo que parece reducirse en ocasiones esta expresión, sino que es un fenómeno más complejo que en todo caso debería describirse haciendo referencia a las «imágenes explotadas con fines sexuales en las que las víctimas son niños»¹⁸⁷. Por todo ello, parece insuficiente la definición que del fenómeno se dio en el World Congress Against Commercial Sexual Exploitation of Children (WCACSEC), al referirse a la pornografía infantil como la reproducción sexualmente explícita de la imagen de un niño o niña¹⁸⁸. Parece en todo caso más acertado el concepto que proporciona el Grupo de Interpol especializado en crímenes contra los niños, al definir la pornografía infantil como «toda forma de representación o promoción de la explotación sexual de los niños, incluidos los materiales escritos y de audio, que se concentren en la conducta sexual o los órganos genitales de los niños»¹⁸⁹, descripción¹⁹⁰ esta última que se aproximará mejor a los distintos tipos de comportamientos que pueden incluirse dentro del macroconcepto de pornografía infantil a los que nos referiremos más adelante.

El fenómeno de la pornografía infantil, a pesar de no ser propiamente informático, está cada vez más vinculado al uso de las nuevas tecnologías de la información, hasta tal punto que, en la actualidad, desde una perspectiva criminológica puede decirse que la mayoría de estos comportamientos se perpetran básicamente a través de Internet¹⁹¹. Así lo pone de manifiesto la Consulta núm. 3/2006, de 29 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado, que en un apartado especialmente reservado al análisis de los as-

vol. 15, 2008, núm. 1. OST, S., *Child Pornography and Sexual Grooming. Legal and Societal Responses*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

¹⁸⁷ AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R., «¿Menores infractores...», *op. cit.*, p. 11:33.

¹⁸⁸ En Internet, en <http://www.csecworldcongress.org/sp/yokohama/Background/index.htm> (última visita el 11 de junio de 2012).

¹⁸⁹ En concreto, explica que «la pornografía infantil se crea como consecuencia de la explotación o abuso sexual sobre un niño, pudiendo definirse como cualquier forma de representación de la explotación sexual de menores, incluyendo material escrito o sonoro referido al comportamiento sexual de los niños o a sus genitales», Interpol Specialist Group on Crimes Against Children: <http://www.interpol.int/Crime-areas/Crimes-against-children/Crimes-against-children> (última visita el 11 de junio de 2012).

¹⁹⁰ Ya no sólo es polémico el concepto de pornografía infantil en sí mismo, sino también la determinación de cuál debe ser la *edad* para acotar el concepto de niño o de menor. Por no detenernos demasiado en esta cuestión, simplemente señalaremos que la Convención sobre Delincuencia en la Red de 23 de noviembre de 2001, que se celebró en el seno del Consejo de Europa y tenía como objetivo armonizar las legislaciones europeas, consideró menor a todo aquél que tuviera menos de 18 años, si bien permitió que las legislaciones nacionales redujeran esta edad hasta los 16 años, si lo consideraban conveniente, límite que algunos países han utilizado y otros no. MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil, Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet*, Colección Monografías de Derecho Penal, Madrid, Dykinson, 2005, p. 73.

¹⁹¹ DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 25 y ss.

pectos criminológicos de este fenómeno, destaca que la eclosión de Internet ha revolucionado por completo el mercado de la pornografía infantil hasta prácticamente monopolizarlo como consecuencia de las ventajas que proporciona a los usuarios: «desde la facilidad para descargarse archivos, los menores costes económicos, la aptitud para entablar relación con un enorme número de internautas con la consiguiente facilitación de los intercambios, y las grandes posibilidades de permanecer en el anonimato». Y añade esta Consulta que si «a ello unimos la accesibilidad técnica y económica a equipos de audio/vídeo que posibilitan la captación y grabación de imágenes y eventualmente de material pornográfico, con una facilidad impensable hace escasos años, puede comprenderse el fuerte incremento en la distribución de este material no tanto con ánimo de lucro cuanto como vía de intercambio de materiales entre pedófilos, sin propósito comercial y con la única finalidad de satisfacer sus inclinaciones sexuales, con la consiguiente creación espontánea de auténticas redes de intercambio de material».

La pornografía infantil se ha convertido de este modo en un problema con claras dimensiones internacionales, pues la irrupción de las nuevas tecnologías ha transformado completamente las pautas de su producción y difusión¹⁹², suponiendo Internet, ahora más que nunca, el acceso a un mercado global de forma inmediata. Por ello, el impacto de Internet en este fenómeno, desde una perspectiva meramente cuantitativa supuso un incremento notable, como evidencia el estudio de Carr¹⁹³. Y es que las especiales características de la Red, la convierten en el medio idóneo para realizar este tipo de conductas, pues ofrece innumerables ventajas¹⁹⁴.

¹⁹² MORALES PRATS, F., «El Derecho penal ante la pornografía infantil en Internet», en MORALES PRATS, F., y MORALES GARCÍA (coords.), *Contenidos ilícitos y Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet*, en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 8, Navarra, Aranzadi, 2002, p. 95.

¹⁹³ Las cifras que aporta Carr en su estudio demuestran el impacto que supuso la Red para la pornografía infantil: «en 1995, posiblemente el último año antes de que Internet despegara definitivamente en el Reino Unido, la Unidad de Policía de Manchester se apoderó de un total de 12 imágenes abusivas de niños en papel o vídeo; en 1999 el mismo equipo incautó un total de 41.000. la mayoría de las cuales habían sido obtenidas de ordenadores que, a su vez, las habían captado de Internet. [...] En diciembre de 2003, un hombre británico fue declarado culpable de tener 450.000 imágenes en su poder, superando fácilmente el récord, establecido a principios de año, de 250.000 imágenes. [...] En Nueva York, en una sola incursión, la policía se incautó de un total estimado cercano al millón de imágenes. Todos estos números están muy lejos de las doce fotografías en Manchester en 1995», CARR, J., «Child abuse, child pornography and the Internet», disponible en http://www.make-it-safe.net/esp/pdf/Child_pornography_internet_Carr2004.pdf (última visita el 12 de junio de 2012), pp. 1 y ss.

¹⁹⁴ Como las que ampliamente enumera Rojo García: «La Red se extiende de manera que cubre todo el mundo, con lo que el seguimiento de conductas ilícitas o sospechosas de ilicitud se dificulta. Por otra parte, se hace también mucho más difícil la propia detección de dichas conductas, bien porque el apogeo experimentado por Internet durante la década de los noventa ha hecho aumentar de manera ostensible la cantidad de páginas web existentes sobre cualquier tema, conse-

Hemos sido testigos de cómo la utilización de Internet en la difusión de pornografía infantil ha pasado por varias fases a lo largo de los años, y son precisamente estas fases las que al mismo tiempo han ido conformando algunos de los distintos tipos de comportamientos a los que vamos a referirnos con la definición anteriormente esgrimida de pornografía infantil. Comenzando por el primer tipo de comportamiento, en una primera fase se empleaban páginas web alojadas en servidores de Internet, en las que el traficante comerciaba con el material pornográfico infantil que ponía a disposición de los usuarios que previamente accedían a pagar una contraprestación, que se satisfacía por medio de un cargo en la tarjeta de crédito del adquirente cuyo número previamente tenía que proporcionar éste. Así, en esta primera fase de distribución de pornografía infantil a través de páginas web, podemos diferenciar dos modalidades conductuales. Por un lado, la del usuario de Internet que decide navegar con el objeto de acceder a una página web concreta cuyo contenido sabe con certeza que contiene material pornográfico infantil, y por otro lado, la de aquél que crea la página web misma, pues como apunta Morillas Fernández¹⁹⁵, «la inserción de una página de contenido pornográfico infantil es algo que puede realizarse de forma totalmente libre si bien es cierto que las dificultades en cuanto a su creación aumentan conforme avanzan los años».

No obstante, como la distribución de pornografía por medio de páginas web localizables a través de buscadores se reveló como muy vulnerable a las denuncias penales y a las acciones de piratas informáticos, se abandonó este sistema para pasar a otras nuevas modalidades conductuales. Una de ellas, eran los chats desarrollados en tiempo real en las que «los pedófilos dialogan entre sí y acuerdan intercambiarse a través del correo electrónico el referido material; la compra directa de este elemento por medio de alguna página web o la simple descarga de archivos»¹⁹⁶, en los que el intercambio de fotografías de pornografía infantil es cuestión de segundos. Otra de estas nuevas

cuentemente, también sobre pornografía, con lo que es más sencillo camuflarse en la multitud, bien porque se utilicen otras formas distintas de difusión del material, como el correo electrónico o las charlas eróticas, donde, sobre todo en éstos últimos, no hay una estabilidad suficiente por parte de los usuarios que permita que lleguen a detectarse y perseguirse eficazmente este tipo de conductas. Estas ventajas particulares para los difusores de la pornografía infantil en la Red se convierten en limitaciones para las personas que se encuentran al otro lado, dificultándose la acción policial y judicial sobre estos delitos. [...] Además, son también aplicables las ventajas generales del uso de Internet, como puede ser la rapidez de las comunicaciones, que hace el intercambio de imágenes mucho más ágil; la amplitud del mercado, que ya no se ve reducido a los clientes especiales del traficante, sino que se extiende a cualquier persona del mundo que llegue a ponerse en contacto con el traficante; y la seguridad, ya que los programas de encriptación de datos, ampliamente utilizados en las comunicaciones por la comunidad internauta ofrecen a los traficantes la posibilidad de eliminar posibles intromisiones de terceras personas en sus envíos», ROJO GARCÍA, J. C., «La realidad de la pornografía infantil en Internet», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, núm. 9, 2002, p. 218.

¹⁹⁵ MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., *Análisis dogmático y criminológico...*, op. cit., p. 86.

¹⁹⁶ MORALES PRATS, F., «El Derecho penal ante la pornografía...», op. cit., p. 67.

modalidades conductuales que surgieron fueron los grupos de noticias y foros como medio de comunicación, así como el camuflaje de las páginas web de pornografía infantil, no accesibles a través de buscadores y localizables solamente para iniciados.

Posteriormente, debido a que las salas de chat son evitadas por los pedófilos al darse cuenta de que pueden estar infiltrados por agentes encubiertos¹⁹⁷, la figura del traficante de pornografía infantil es sustituida en gran medida por la de los consumidores que informalmente se asocian sin ánimo de lucro. Estos socios, actuando coordinadamente, pueden descargarse en su ordenador multitud de fotografías en poco tiempo a través de técnicas de intercambio por medio de correo electrónico o de fórmulas como *send to receive*. En cuanto al intercambio de material pornográfico por medio de correo electrónico, se ha planteado por la doctrina la posibilidad de imponer a los servidores de correo electrónico un especial deber de cuidado en relación con el contenido que transmiten, cuestión de muy compleja solución en la práctica, que además se agrava si tenemos en cuenta que la mayoría de estos servidores ofrecen cuentas gratuitas con el simple relleno de un formulario, cuyos datos pueden ser totalmente falsificados¹⁹⁸. Por lo demás, el procedimiento para el envío de *e-mails* con contenido pornográfico, no es distinto al envío de un *e-mail* con cualquier otro contenido. Se podría pensar, que las personas que se envían correos con este contenido son personas conocidas que tienen la dirección electrónica de sus destinatarios, pero como señala Morillas Fernández, «aplicando este razonamiento debería hablarse de un círculo cerrado en el que tarde o temprano escasearía el material»¹⁹⁹. Por ello, aunque hemos dicho que los chats dejaron de utilizarse para intercambiar el material pornográfico, sí se han seguido utilizando posteriormente para poner en contacto a estos usuarios de pornografía infantil, que intercambian sus direcciones de correo electrónico, abriendo el círculo a otras fuentes para poder adquirir nuevo material pornográfico.

En esta acelerada evolución, los programas de globalización de archivos individuales han habilitado nuevas vías comisivas, en tanto permiten al usua-

¹⁹⁷ WORTLEY, R., y SMALLBONE, S., «Child pornography on the Internet», en *Problem-Oriented Guides for Police*, núm. 41, mayo de 2006. En Internet, en <http://www.cops.usdoj.gov/Publications/e04062000.pdf>.

¹⁹⁸ Morillas Fernández plantea en este sentido el caso de un sujeto que, por ejemplo, «acude a un cyber-café, crea una nueva cuenta de correo electrónico en el servidor YYY, falseando los datos necesarios para ello, y envía *e-mails* de contenido pornográfico infantil a gran escala a través de ficheros adjuntos a otros individuos repitiendo tal acción en sucesivos días pero siempre desde cyber-cafés distintos. Esta práctica, como puede suponerse, es incontrolable y aún en el hipotético caso de descubrir material, se determinarían los ordenadores a través de los cuales se realiza la transmisión pero no el sujeto que ha procedido a realizarla», MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., *Análisis dogmático y criminológico...*, op. cit., p. 93.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 94.

rio la posibilidad de compartir parte del contenido de su ordenador con las personas que se encuentren conectadas a la Red utilizando ese mismo programa (programas tipo Napster), de forma que los usuarios de los programas de archivos compartidos ponen en común su material pornográfico sin necesidad de entablar contacto directo, realizar adquisiciones individualizadas o mantener conversación alguna²⁰⁰. Así, el intercambio mutuo de material sustituye a la compra al traficante. Dentro de esta modalidad, debemos hacer referencia a dos tipos de protocolos, el FTP y el P2P, que dan lugar a dos tipos de comportamientos muy distintos. Con relación al uso del protocolo FTP (protocolo de transferencia de ficheros), que es uno de los más antiguos, se aprecia que es uno de los menos usados para la propagación de archivos ilícitos, ya que no existen buscadores para este protocolo al estilo de Google que permitan saber qué ordenadores están actuando en un momento dado como servidores FTP, aunque sí que existen páginas web que proporcionan listas de servidores y una descripción genérica de los archivos almacenados. Por otro lado, el protocolo P2P (*peer-to-peer*, de igual a igual), según apuntan algunos autores, es el medio del futuro para la distribución de estos archivos de pornografía, pues «el hecho de que cada uno de los servidores posea una descripción, sólo como recomendación, de los archivos de los ordenadores conectados a él hace que supere la ya explicada falta de información de FTP»²⁰¹.

Es por este último tipo de modalidades conductuales que la mera tenencia de material pornográfico infantil para su uso adquiere una mayor importancia, puesto que sin esta posesión de material en los ordenadores de los usuarios no se podría distribuir a los otros usuarios, especialmente en estas redes de P2P, en las que cada nodo funciona al mismo tiempo de servidor y cliente al mismo tiempo. Por todo ello, además de estas formas de difusión de pornografía infantil, habrá que tener en cuenta otros comportamientos que sin tratarse de «difusión» entran dentro del fenómeno de la pornografía infantil, como pudieran ser las grabaciones caseras o la mera tenencia de material pornográfico infantil para su uso.

Como destaca Morillas Fernández²⁰², normalmente estas conductas de pornografía infantil «suelen ir encubiertas con falsas informaciones sobre adopciones, ofertas de empleo, etc. Frente a ello los Estados poco pueden hacer si se tiene en cuenta que las fotografías o vídeos mostrados han podido ser filmados en Indonesia, haberse insertado en la Red en Filipinas, hallarse el servidor en Johannesburgo y recibir las imágenes en cualquier parte del mundo». Y es que una de las características más importantes de este fenómeno es la deslocalización en cada una de las fases del proceso, pues en la

²⁰⁰ Consulta núm. 3/2006, de 29 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado.

²⁰¹ MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., *Análisis dogmático y criminológico...*, op. cit., p. 98.

²⁰² *Ibid.*, p. 22.

gran mayoría de las ocasiones no suele coincidir el lugar donde se obtienen las imágenes pornográficas, con el país del servidor al que se «suben» las mismas, y mucho menos con los distintos países a los que pertenecen los distintos usuarios que visualizan las mismas. Precisamente este rasgo es el que complica en demasía la imputación a una persona física, problema que se agrava si tenemos en cuenta que las personas físicas que están detrás de este tipo de conductas pertenecen en su gran mayoría a mafias organizadas, en las que hay una importante distribución de competencias (captación de niños, filmación de imágenes, «colgar» las mismas en la Red, fotografiado, publicidad, etc.)²⁰³.

Y es que en la actualidad, la principal fuente de producción de pornografía infantil es la Red, pero a través de organizaciones criminales internacionales, cuyo único fin es la obtención de beneficios económicos, que realizan su actividad a través de asociaciones o empresas encubiertas que operan permanentemente²⁰⁴. El objetivo económico de estas organizaciones se satisface al abonar el destinatario una determinada cantidad de dinero como contraprestación a la adquisición del material pornográfico; una vez se abona esta cantidad, «recibirá una clave de acceso a la página en cuestión o recibirá las imágenes requeridas vía correo electrónico, o contra reembolso»²⁰⁵, el producto que haya demandado, normalmente un vídeo.

Uno de los factores que adquiere en este punto un especial interés de análisis, es la determinación de la procedencia de los niños víctimas del fenómeno de la pornografía infantil. La Resolución del Parlamento Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre la aplicación de las medidas de lucha contra el turismo sexual que

²⁰³ Ante estos problemas que apuntamos, la doctrina ha señalado como posible alternativa «detectar el IP del ordenador desde el que se introdujo el referido contenido pornográfico», para poder erradicar el problema desde su origen, pero como ya apunta Morillas Fernández, «las redes que se dedican a este tipo de delincuencia no suelen emplear dos veces el mismo equipo y, si lo hacen, cuentan con los mecanismos necesarios para que no se detecte el IP». Además, seguiríamos arrastrando el problema que siempre comporta la detección de la IP, pues con su identificación podremos deducir cuál ha sido el equipo desde el que se ha transmitido la información, pero todavía tendríamos que averiguar la identidad del usuario que accedió a ese ordenador en el momento.

²⁰⁴ Los casos más característicos son los de adopciones u ofertas de empleo en Internet, a través de las cuales estos entes contactan con los menores e incapaces víctimas de la futura acción pornográfica. Una vez insertado el contenido de la página lo que hacen es actualizarla introduciendo material nuevo cada cierto tiempo. El único problema con el que pueden encontrarse es la localización de la página en cuestión y su expulsión del servidor con el que trabajan. La solución es muy simple, basta con cambiar la dirección del sitio —sin necesidad de modificar el contenido— y continuar así hasta que vuelva a ser descubierta o bien, cuando se calcule que el rastreo de los organismos competentes puede volver a afectar a la integridad de la página, cambiar nuevamente su ubicación a fin de no ser detectada. *Ibid.*, pp. 119 y ss.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 121.

afecta a los niños (A5-0052/2000)²⁰⁶, señala expresamente a los países de la antigua Unión Soviética como núcleo del problema del turismo sexual y la trata de seres humanos, debido a factores como las difíciles condiciones de vida y a la fronterización existente con la Unión Europea²⁰⁷. No obstante, la procedencia de estas víctimas varía dependiendo del medio o vía de difusión del material pornográfico, así, por ejemplo, la pornografía infantil que se difunde a través de DVD en video-clubs normalmente está protagonizada por menores de zonas del Tercer Mundo y Asia. Por otro lado, en aquella que se difunde a través de Internet, lo normal es que sus protagonistas sean de nacionalidad tailandesa o de algún país asiático²⁰⁸. Posteriormente, estas imágenes captadas se transmiten a través de la Red a todo el mundo²⁰⁹.

2.3.3. *Difusión de otros contenidos ilícitos (especial atención al online hate speech o difusión por Internet de odio racial)*

No es la pornografía infantil el único contenido ilícito que se difunde actualmente a través de la Red, puesto que, como ha señalado Romeo Ca-

²⁰⁶ DO C 378, de 29 de diciembre de 2000, pp. 80-87.

²⁰⁷ Esta tesis es apoyada, entre otros, por el Documento 9535 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 5 de septiembre de 2002, titulado «Explotación sexual de niños: tolerancia cero».

²⁰⁸ También debemos diferenciar estos comportamientos de la denominada «pornografía técnica», que es definida por Morales Prats y García Albero como aquella «protagonizada por mayores de edad que aparentan ser menores por muy diversos medios o procedimientos ("retoque" de fotografías o filmaciones consistentes en eliminación de vello púbico o facial, suavizaciones de facciones, empleo de vestimentas de adolescentes», en los que la víctima no es un menor, sino que se trata de un adulto que se hace pasar por menor. MORALES PRATS, F., y GARCÍA ALBERO, R., «Artículo 189», en QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código Penal*, Navarra, 2004.

²⁰⁹ En el año 2001, ANESVAD (Organización no Gubernamental para el Desarrollo sin fines de lucro) puso en marcha una campaña de investigación sobre la pornografía infantil en Internet denominada «Nymphasex» (<http://www.anesvad.org/nymphasex>), publicándose una supuesta página pornográfica en la que se ofrecían una serie de «servicios con menores». La web se promovió de todas las formas posibles durante 15 días con el objetivo de comprobar la reacción de todos los sectores implicados, con el problema de la pornografía infantil y los resultados fueron impactantes: 6.000 personas visitaron el sitio (400 entradas diarias de media); 542 visitantes accedieron de forma regular con el fin de comprobar si la web ofertaba nuevos servicios; cerca de 200 usuarios incluso dejaron su dirección de correo electrónico para que se les informara sobre las novedades. Transcurridos unos meses, concretamente en enero de 2002, comenzó una segunda fase. La web permaneció colgada, sin ningún tipo de publicidad, únicamente dada de alta en los diferentes buscadores que existen en Internet. El propósito era comprobar si los usuarios eran capaces de encontrar este sitio, averiguar de dónde accedían y tratar de concienciarles de la problemática de la pornografía infantil. A lo largo del año 2002, las entradas totales en Nymphasex superaron las 49.000 con una media de 4.000 al mes (usuarios únicos, ya que es muy difícil que entren más de una vez al comprobar que realmente no es una web con contenidos pedófilos). Los que más visitaron la web fueron Estados Unidos con 20.602 entradas (41,96 por 100) y España con 18.335 (37,34 por 100).

sabona, la posibilidad de introducir información en la Red con contenidos ilícitos diversos y de difundirlos a través de ella, ha convertido a la Red en un medio potente para la comisión de delitos como la apología y otros actos preparatorios del terrorismo²¹⁰. Este tipo de cibercrimen que ha venido siendo denominado, a veces con finalidades diversas, ciberterrorismo, será analizado posteriormente cuando tratemos la cibercriminalidad política, debido a que el mismo engloba cibercrímenes «de contenido» como la difusión de mensajes de incitación a la violencia terrorista, pero también otro tipo de cibercrímenes que no entran dentro de esta categoría.

El cibercrimen que sí cuadra perfectamente en la categoría de los cibercrímenes de contenido es el que se ha denominado *cyberhate speech* o incitación al odio racial en el ciberespacio²¹¹, delito que no es más que una adaptación al ciberespacio del crimen, ejecutado en el espacio físico en librerías y similares comercios, de difusión de contenidos de odio racial²¹². Obviamente el ciberespacio incrementa el riesgo que tal actividad supone: como ámbito transnacional y mundial, es un peligroso lugar para la difusión de mensajes racistas y violentos, que se vierten con más facilidad en Internet ante la dificultad de persecución de la cibercriminalidad y las mayores facilidades para el anonimato que da el medio²¹³.

Como han señalado Keats Citron y Norton, los grupos racistas pronto descubrieron las potencialidades del ciberespacio para sus objetivos²¹⁴: Internet permitía sustituir prospectos y folletos racistas que eran difundidos localmente, por webs y blogs fáciles de hacer y que resultaban mucho más eficaces para transmitir ideas odiosas a millones de personas en todo el mundo²¹⁵. Así cita el ejemplo de 1984 del grupo fascista *Nación Aria* que financió una publicación digital en la que se ponía una lista de objetivos del grupo, entre ellos un hombre que fue asesinado por un simpatizante de Nación Aria meses después²¹⁶.

²¹⁰ ROMEO CASABONA, C. M., «De los delitos informáticos al cibercrimen...», *op. cit.*, p. 4.

²¹¹ AKDENIZ, Y., «Controlling illegal and harmful content on the Internet», en WALL, D. (ed.), *Crime and the Internet*, London, Routledge, 2001.

²¹² Para un análisis profundo de este delito y de su relación con el crimen tradicional en el espacio físico de difusión de mensajes de odio racial, véase POLLOCK, E. T., «Understanding and Contextualising Racial Hatred on the Internet: A Study of Newsgroups and Websites», en *Internet Journal of Criminology*, 2010, pp. 1 y ss.

²¹³ En este sentido, resulta ilustrativo el trabajo de LEVIN, B., «Cyberhate: a legal and historical analysis of extremists' Use of computer networks in America», en *ABS*, núm. 45, 2002, pp. 958 y ss., especialmente pp. 966 y ss., donde se centra en la época post-Internet.

²¹⁴ KEATS CITRON, D., y NORTON, H. L., «Intermediaries and Hate Speech: Fostering Digital Citizenship for Our Information Age», en *Boston University Law Review*, vol. 91, 2011, pp. 1435 y ss.

²¹⁵ TIMOFEEVA, Y. A., «Hate speech online: restricted or protected? Comparison of regulations in the United States and Germany», en *JTLP*, vol. 12, núm. 2, 2003, p. 256.

²¹⁶ KEATS CITRON, D., y NORTON, H. L., «Intermediaries and Hate Speech:...», *op. cit.*, pp. 1435 y ss.

Aunque no hay cifras fiables, se calcula que son miles las webs que, mayoritariamente provenientes de Estados Unidos, fomentan y difunden ideas racistas, generalmente relacionadas con la supremacía blanca, aunque también las hay que difunden similares mensajes fascistas bajo otras apariencias ideológicas²¹⁷.

A veces tales mensajes se contienen en las mismas webs de asociaciones defensoras de la supremacía blanca u otras ideologías fascistas, y en otros casos, los de las denominadas *cloaked websites*, se tratan de sitios web que aparentan ser de ONG u otras organizaciones preocupadas por problemas sociales de cualquier tipo o que simulan ser lugares de transmisión de información, y que ocultan una ideología racista que va apareciendo poco a poco en forma de mensajes web²¹⁸.

También podríamos integrar dentro de este tipo de cibercriminalidad otras páginas web en las que el mensaje de odio y de incitación a la violencia y de difusión de ideas racistas es menos abstracto y mucho más localizado contra partidos políticos, gobernantes o asociaciones concretas y determinadas. Es cierto, sin embargo, que estas conductas apenas se pueden deslindar de la incitación que suponen algunas formas de terrorismo: dos ejemplos bien conocidos serían la campaña, focalizada en Internet, de amenazas e incitación a la violencia realizada desde sectores islamistas radicales contra Dinamarca y el dibujante de un periódico que identificaba en sus viñetas a Mahoma y a los musulmanes con los terroristas²¹⁹, y por otra parte la campaña llevada a cabo por medio de vídeos en Youtube en la que se promocionaba la quema de ejemplares de el Corán como forma de protesta ante la decisión de construir en Nueva York, en la denominada Zona Cero, una mezquita.

Ambos comportamientos comparten no sólo el tratarse de mensajes de incitación al odio y a la violencia, sino que pese a realizarse en un ámbito localizado muy concreto (un humorista en Dinamarca y frente a él varios estudiantes musulmanes desde sus universidades en Siria o Irán, o un sacerdote de una pequeña iglesia de un diminuto pueblo de Estados Unidos),

²¹⁷ Además la tendencia es hacia el incremento exponencial de las páginas web que incitan a la violencia. Así lo señala Mahooney quien constata un incremento significativo en los últimos 15 años de las páginas web que promueven la violencia: en 1995 se estimaba que sólo había una página de Internet de ese tipo, mientras que en 2005 se han contabilizado por lo menos 5.000. MAHOONEY, K., «Hate speech, equality, and the state of canadian law», en *Wake Forest Law Review*, vol. 44, p. 322. Señala la autora que la conexión entre propaganda de odio, Internet y terrorismo también se ha intensificado a partir del 11 de septiembre de 2001.

²¹⁸ DANIELS, J., «Cloaked websites: propaganda, cyber-racism and epistemology in the digital era», en *NMS*, vol. 11, núm. 5, 2009, p. 661, donde define los *cloaked websites* como aquellos sitios web de individuos particulares, grupos u organizaciones que ocultan su verdadera identidad y la paternidad de la web para disfrazar una agenda política oculta.

²¹⁹ Dibujos sobre los que también existe la discusión de si los mismos podrían o no considerarse *hate speech* al atentar contra la dignidad de una religión y de los que la profesan. Así, al respecto, MAHOONEY, K., «Hate speech, equality, and...», *op. cit.*, p. 331.

al utilizarse Internet para la difusión del mensaje el mismo acaba llegando a muchísimas personas y generando un clima de odio con consecuencias difíciles de medir.

Qué duda cabe que la cibercriminalidad política comparte caracteres y medios con las otras formas de delincuencia en el espacio que hemos calificado como económica y social y que su prevención tendrá que ver con la de las otras formas de conducta (distribución de pornografía infantil, puesta a disposición gratuita en el ciberespacio de archivos protegidos) en las que la característica de ilicitud deviene del contenido que se difunde. Sin embargo tampoco puede negarse que el perfil criminológico de unos y otros cibercriminales es significativamente distinto, por lo que la prevención ciberespacial de los mismos tendrá que ser también diferente.

3. OTRA CLASIFICACIÓN ES POSIBLE: ATENDIENDO AL MÓVIL Y CONTEXTO CRIMINOLÓGICO

La anterior clasificación fenomenológica, en la que se distinguen los cibercrímenes teniendo en cuenta la diferente incidencia de las TIC en la esencia de la conducta criminal, puede convivir con otro tipo de clasificación aun fuera de lo jurídico cuando se diferencien los crímenes en el ciberespacio atendiendo a los distintos intereses sociales con trascendencia jurídica que se pueden ver afectados por los mismos. Me refiero, como se ha avanzado anteriormente, al punto de vista criminológico, en el que se atiende a los sujetos que realizan el delito y a sus objetivos últimos. Con esta mirada criminológica podemos afirmar la existencia de dos grandes categorías de delitos en el ciberespacio, la que reúne todos los ataques cuyo propósito último es la obtención de un beneficio patrimonial, y la que reúne todos aquellos otros en los que el objeto de ataque es una persona individual, en cualquiera de los aspectos de su desarrollo personal. Junto a ella podríamos incluir una tercera aún más incipiente que la primera, que englobaría todos los comportamientos de cibercriminalidad en los que no existe ni un propósito económico, ni un conflicto vinculado con una relación social entre personas, sino un objetivo ideológico o institucional.

La primera categoría podría denominarse «cibercriminalidad económica», atendiendo al propósito de obtención de un beneficio patrimonial por parte de quien realiza el delito; la segunda podría titularse «cibercriminalidad personal», dado que engloba ataques que afectan a las más personales esferas de desarrollo del individuo, sin embargo prefiero referirme a este tipo de delitos como «cibercrimen social» al expresar este término mejor la característica esencial del, quizá más nuevo, otro grupo de delitos en Internet: aquellos que tienen que ver con las relaciones sociales entre las personas y que no son más que la trasposición al ciberespacio de los crímenes

tradicionales derivados de conflictos entre personas. La tercera categoría la hemos querido denominar «cibercriminalidad política», aunque también podría denominarse ideológica, al pretender incluir entre otras formas de cibercrimen el *cyberhate speech* o difusión por Internet de mensajes de odio racial, así como el que se ha denominado *hacktivismo* o ciberactivismo político en la Red. En esta categoría también entrarían el ciberterrorismo, en sus distintas formas, y los ataques de denegación de servicio cuya finalidad no sea la obtención de un beneficio económico derivado del daño causado a un competidor comercial, sino más bien la causación de daños a infraestructuras u objetivos sensibles con propósito de desestabilizar a un Estado o a una institución política.

A mi parecer, la distinción entre estas tres categorías, cibercriminalidad económica, cibercriminalidad social y cibercriminalidad política, sí que es, frente a la anterior de carácter fenomenológico, una clasificación «fuerte». Es cierto que muchas de las tipologías de comportamientos que hemos situado anteriormente en la clasificación que atiende al papel de las TIC en el comportamiento, podrían ser evitadas en dos o incluso en las tres categorías. Así ocurre con el *hacking*, que puede ser una forma de obtención de datos para un posterior fraude económico, pero también un ataque a la intimidad personal de un individuo en concreto por una relación existente entre agresor y víctima, e incluso parte de un ciberataque con contenido político como el espionaje de un país a otro o la entrada en una página web gubernamental de un grupo *hacktivista*. Algo similar ocurre con los ataques de denegación de servicio que difícilmente van a constituir un cibercrimen social pero sí pueden utilizarse bien para obtener un beneficio económico o bien como ataque ciberterrorista o ciberactivista. También puede haber conductas concretas que tengan una doble motivación²²⁰. Pero lo usual será que los cibercrímenes de cada una de estas categorías tengan rasgos criminológicos esencialmente diversos, y que su prevención requiera de estrategias diferenciadas.

Y es que la diferenciación entre el cibercrimen económico, el cibercrimen social y el cibercrimen político no es más que la correspondencia en términos de comportamiento criminal de la distinción entre los tres grandes ámbitos funcionales del uso de las TIC. Los dos más evidentes son los dos primeros: el ciberespacio como ámbito de desarrollo de las relaciones económicas, y el ciberespacio como ámbito de comunicación y desarrollo personal. Es indudable que las dos facetas más relevantes de Internet y aquellos ámbitos en los que mayor desarrollo tiene el cibercrimen, son por una parte

²²⁰ Difícilmente un ataque o cibercrimen económico puede ser al mismo tiempo un cibercrimen social o personal, excepto en el caso de la grabación de pornografía infantil y su posterior difusión en el ciberespacio. También improbable, aunque no imposible, es que un ciberataque terrorista acabe causando daños económicos e incluso que, en un determinado momento, se realice con esa intención.

el haberse convertido en un espacio para el intercambio económico transnacional (además de un bien económico en sí mismo y en el que confluyen bienes con valor patrimonial), y por otra el constituir el ciberespacio un nuevo ámbito para las relaciones sociales, para el contacto interpersonal entre sujetos con la consiguiente puesta en común de intereses relacionados con la intimidad, la libertad, la dignidad, etc. Es cierto que al principio, el ciberespacio tuvo mucha más trascendencia para lo primero, para el desarrollo de relaciones económicas, para mejorar la comunicación entre empresas y clientes, lo que conllevaba la entrada en el ciberespacio de bienes económicos (en forma de dinero, de datos valiosos, de nuevos servicios, etc.), consecuencia de lo cual las primeras formas de criminalidad se centraron en aprovechar ese nuevo medio para obtener beneficios económicos. Pero hoy en día Internet también sirve para que las personas contacten con otras personas, para crear redes de amigos, para comunicarse y relacionarse como seres sociales, lo que hace que las esferas más privadas de la personalidad de los que se relacionan socialmente en el ciberespacio puedan verse también afectadas.

No son los únicos, obviamente, pues el ciberespacio también es un ámbito para el desarrollo de las relaciones institucionales y supranacionales de carácter no económico, entre otras. Ahí entra el cibercrimen político, aquél que se realiza bien por parte de sujetos individuales o bien por parte de instituciones o grupos, incluso de Estados, que utilizan Internet como forma de difusión de un determinado mensaje político o como forma de ataque a un Estado o a concretas instituciones no gubernamentales. Al fin y al cabo el ciberespacio es un magnífico medio para la difusión de ideas y mensajes, un instrumento poderoso para la captación de personas sobre la base de sus concepciones políticas o ideológicas, y un ámbito de riesgo para las instituciones que pueden ver atacados sus servicios por medio de ataques de denegación de servicio o de envíos de *malware* que afecten a sus sistemas y a los datos en ellos contenidos.

Obviamente los cibercrímenes de las tres categorías comparten entre sí los caracteres del medio en el que se llevan a cabo. Pero también lo es que son fenómenos criminológicos distintos, al serlo la finalidad con la que actúan los cibercriminales en uno y otro caso y tener ellos, por eso mismo, un diferente perfil, y al ser distintos tanto el objetivo adecuado contra el que se dirigen como la incidencia de los sistemas de control en uno y otro caso. La concreción de estas diferencias en uno y otro caso las iremos analizando más adelante, cuando llegue el momento de analizar cómo cambia el ámbito de oportunidad criminal en el ciberespacio y de apuntar los perfiles de agresores y víctimas teniendo en cuenta tal clasificación criminológica. Es momento ahora, cuanto menos, de situar las tipologías de cibercrímenes que hemos analizado en el punto anterior dentro de cada uno de estos tres grandes grupos de delitos en el ciberespacio.

3.1. El cibercrimen económico: la simbiosis de los ciberataques con finalidad económica

La principal categoría de delitos en el ciberespacio es aquella que engloba a todos los comportamientos criminales llevados a cabo con la finalidad de obtener un beneficio patrimonial directo o indirecto del mismo. En sentido criminológico el cibercrimen económico, por tanto, no es tan sólo aquel tipo de ataque delictivo que afecta al patrimonio de las personas individuales o al sistema económico en relación con las transacciones comerciales en Internet. También entrarían dentro de esta categoría todos los ciberataques cuyo objetivo final sea la consecución de un beneficio económico aunque afecten a otros bienes jurídicos como la intimidad, la seguridad de los sistemas y redes, etc. El cibercriminal económico utiliza la Red, los sistemas conectados a ella, la información en ellos contenida, los servicios y cualquier otro elemento de las TIC como medio u objeto para el lucro económico, siendo en muchos casos necesario crear una cadena de ataques que, como se verá posteriormente, puede incluso ser llevada a cabo por cibercriminales distintos, pero siempre con el objetivo final del lucro económico.

En ese sentido, y como se refleja en la siguiente tabla, podríamos diferenciar dos tipos de cibercrímenes económicos, los mediales o instrumentales, y los económicos (generalmente fraudes) en sentido estricto, siendo los primeros actos preparatorios de estos últimos.

Tabla 2.4. Tipos de cibercrímenes económicos. Elaboración propia.

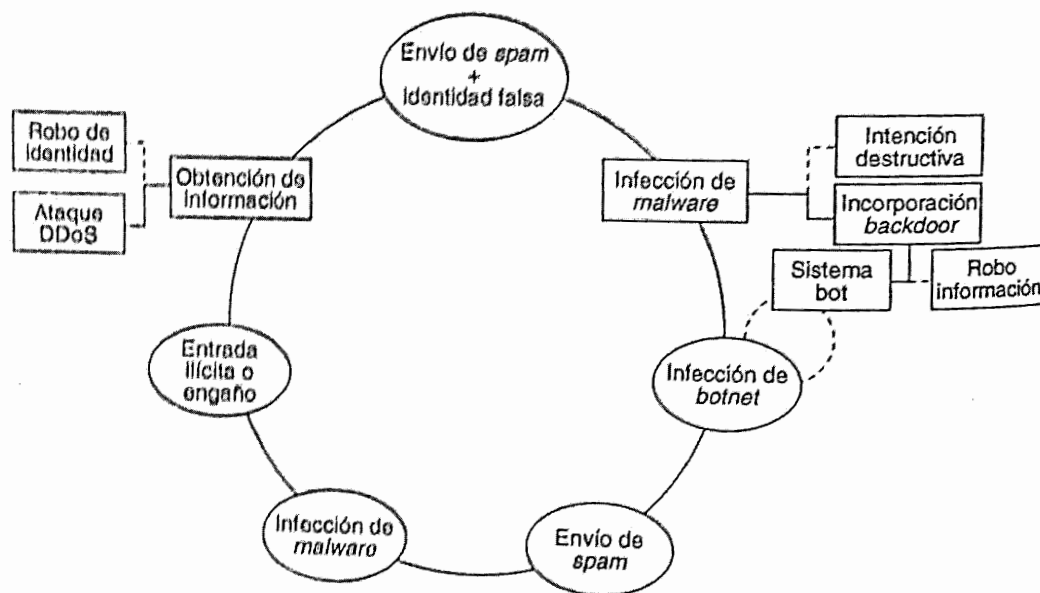
<i>Cibercrímenes económicos mediales</i>	<i>Cibercrímenes económicos puros</i>
<i>Hacking</i>	<i>Phishing</i>
Infecciones de <i>malware</i> destructivo	<i>Auction fraud</i>
Infecciones de <i>malware</i> intrusivo	<i>Scam</i>
Envío de <i>spam</i>	Extorsión
<i>Spoofing</i> e <i>identity theft</i>	Revelación de secretos de empresa
Uso de <i>spyware</i> (<i>sniffers</i> , <i>keyloggers</i>)	
Ataques DoS	

En otras palabras: la mayoría de las modalidades de ciberataques que hemos analizado por separado, no lo están en la realidad virtual de Internet. Más bien la relación entre ellos es tal que puede hablarse de una simbiosis entre gran parte de los comportamientos ilícitos realizados en el ciberespacio: unos y otros no sólo se entremezclan, sino que generalmente forman parte de una misma dinámica comisiva cuyo objetivo final es la obtención de lucro

por parte de las organizaciones cibercriminales. El envío de correos *spam*, por ejemplo, como forma de ataque a innumerables terminales informáticas, es en muchos casos, el primer paso para la posterior infección con *malware*, bien con intención destructiva de información de usuarios o de empresas (a veces con propósito de extorsión), bien con intención de incorporar una puerta trasera o *backdoor* que permita el acceso ilícito al sistema para el apoderamiento de información privada o para convertir el sistema informático en un *bot* que permita, posteriormente, su uso como *botnet* para un ataque de denegación de servicio a otra web o para el envío de cantidades ingentes de *spam* con la consiguiente «vuelta a empezar» de la cadena de ataque, o, en la mayoría de casos, para el envío de publicidad falsa tras la cual existe un ataque de *phishing*, cuyo propósito puede ser, de nuevo, la infección con *malware* para la consecución del fraude, o el engaño directo para que sea el usuario el que envíe la información privada bancaria.

La dinámica suele ser generalmente la misma con pequeños cambios, y no está muy alejada de esta:

Gráfico 2.2. Dinámicas del cibercrimen económico. Elaboración propia.



Es incluso se pueden integrar en la cadena otros cibercrímenes relacionados con la distribución ilícita de contenidos. Así sucede en muchos casos con la distribución de material pornográfico, sea o no de menores, que puede encerrar un primer paso para un ataque de *phishing* o de *pharming* por parte del cibercriminal. También con la descarga de material protegido por derechos de autor, que puede esconder en muchos casos virus troyanos o infecciones de *botnet*. En el caso de la distribución de material pornográfico «lícito», se aprovecha el enorme potencial de difusión de este contenido para

atraer a los usuarios con ofertas de gratuidad. De nuevo la cadena comienza con un ataque de *spam*, en el que el correo electrónico reenvía a una página de *phishing* que contiene material pornográfico y en la que al registrarse el usuario con la promesa de material pornográfico gratuito de mayor impacto (contactos con otros usuarios, videochats pornográficos, etc.), el usuario se descarga involuntariamente un *malware* con el propósito de la posterior obtención de datos privados bancarios²²¹. En el caso de la distribución de material pornográfico ilícito, usualmente de menores, los cibercriminales muchas veces controlan las propias redes de difusión del citado contenido, y aprovechan la vulnerabilidad del sujeto que trata de descargarse el mismo y el hecho de que la víctima del ataque final difícilmente denunciará unos hechos que le convertirían a él mismo en autor de un delito, para incluir entre los objetos descargados algún tipo de *malware* que permita posteriormente el acceso a las cuentas corrientes de la víctima o para utilizar su sistema informático como parte de una *botnet* que realice posteriores ataques de *spam* o de denegación de servicios. En cuanto a la descarga de obras audiovisuales o musicales, las redes P2P se han convertido en un ámbito de riesgo en el que los cibercriminales simulan el *malware* como archivos de obras protegidas con la consiguiente infección de los sistemas cuando el usuario descarga los mismos.

La perspectiva criminológica nos permite comprender, pues, que incluso los ataques que parecen tener menor lesividad como los ataques de *spam*, suelen formar parte de una cadena de ataque que puede terminar en una defraudación del patrimonio de la víctima o en la utilización de su sistema para la comisión de otro tipo de infracciones. La prevención de tales comportamientos de menor lesividad, por tanto, es esencial para evitar la proliferación de ciberataques económicos de todo tipo, y sin entrar todavía en si los mismos merecen o no una respuesta penal, lo que es indudable es que la gravedad de estos comportamientos no puede valorarse teniendo en cuenta únicamente los bienes individuales que se ven afectados sino que, en términos de riesgo penal, deben interpretarse como lo que son, auténticos actos preparatorios esenciales de los ataques lesivos más dañinos.

También son modalidades de cibercrimen económico el *hacking* más directo en el que se accede directamente a la información bancaria o incluso a la entidad para realizar el fraude, generalmente aprovechando las vulnerabilidades del sistema o las que ha ido creando la propia víctima. A veces, incluso no es necesario acceder al sistema y se puede recopilar la información necesaria para el fraude por medio de programas *sniffers*. En otros casos, incluso, el procedimiento puede ser más sofisticado y, por medio de la

²²¹ MANIYARA, M., «Post del blog Security Response de Symantec, 3 de febrero de 2010». En Internet, en <http://www.symantec.com/connect/blogs/phishing-using-pornographic-content-bait> (última visita el 1 de diciembre de 2010, p. 1).

minería de datos, accediendo a datos por medio de los perfiles de la víctima en las redes sociales y demás, se puede lograr información sobre una vulnerabilidad o bien configurar un *spam* personalizado con más posibilidades de éxito que el masivo²²².

La cibercriminalidad económica es, por tanto, un primer gran ámbito de delincuencia en Internet que si bien abarca múltiples tipologías de conducta diferentes entre sí, todas ellas son parte del puzle requerido para lograr el fraude económico final. Posteriormente, cuando analicemos los perfiles del cibercriminal, volveremos sobre esta modalidad de cibercrimen para ocuparnos de las muchas clases de cibercriminales económicos existentes de entre las que empieza a destacar el importante protagonismo que ocupa desde hace unos cuantos años la delincuencia organizada.

3.2. El cibercrimen «social» en la web 2.0: redes sociales, desarrollo de la personalidad en el ciberespacio y nuevos cibercrímenes

Sin lugar a dudas la delincuencia económica en Internet ha sido la gran protagonista de los primeros años de la aparición del ciberespacio y, concatenado a él, del fenómeno de la cibercriminalidad. El protagonismo futuro, o por lo menos el papel compartido, lo adquirirá probablemente en muy poco tiempo la denominada criminalidad social. Y no porque Internet vaya a dejar de ser un ámbito para la transacción económica: seguirá siéndolo y aumentarán, mutando en nuevas formas y potenciándose la importancia de las actualmente vigentes, los intercambios económicos en el ciberespacio y el valor económico de los servicios y los bienes informacionales en él; sino porque junto a este desarrollo de lo económico Internet ya hace años que hemos entrado en la web 2.0, y el ciberespacio se ha convertido en un ámbito de comunicación social importantísimo, y es este aspecto el que más se está viendo potenciado últimamente, especialmente por parte de las nuevas generaciones nacidas con la total implantación de las TIC.

Desde un primer momento Internet, en particular, y las TIC en general, fueron un vehículo para la comunicación social. Desde la propia *www* hasta el correo electrónico pasando por otros sistemas de comunicación entre personas como los canales de chat o el muy popular hace unos lustros Messenger, el ciberespacio no sólo ofrecía nuevos instrumentos para el contacto entre las personas sino que abría la posibilidad de nuevas formas de comunicación social. La unión de la Red con la telefonía móvil ya auguraba nuevos tiempos para las relaciones personales caracterizados por la reducción de la importancia de la distancia espacial y temporal. El espaldarazo definitivo, sin

²²² Véase en este sentido sobre la influencia entre la adscripción a redes sociales y el haber sido víctima de *phishing*, el estudio de JAGATIC, T.; JOHNSON, N.; JAKOBSSON, M., y MENCZER, F., «Social Phishing», en *Communications of the ACM*, Bloomington, 12 de diciembre de 2005.

embargo, lo ha dado la popularización de las redes sociales. Aunque se dice que ya en 1997 había sitios web que permitían establecer perfiles de amigos y otras funcionalidades de las redes sociales actuales, no es hasta mediados de la década pasada con la popularización de Myspace, primero, y de Facebook y otras redes más localizadas geográficamente, después, cuando las páginas web que facilitan y fomentan las relaciones entre personas sin los límites espaciales y temporales tradicionales, se convierten en un elemento esencial de la vida social para muchas personas y muy especialmente para el sector de los jóvenes²²³. Aunque es difícil situar en uno solo los elementos clave del éxito de las redes sociales, se ha dicho con razón que gran parte del mismo deriva de haber logrado permitir la convergencia entre servicios de las TIC que hasta el momento estaban separados como el correo electrónico, la mensajería directa, los chat, la creación de webs, los diarios electrónicos, álbumes de fotos, selección de música, vídeos, etc.²²⁴. Esto permite a los usuarios controlar el nivel de comunicación con las personas y convierte a las redes sociales por una parte en esferas de desarrollo del ocio y de las relaciones sociales en las que el nivel de intimidad plasmado en la web puede llegar a ser muy alto, y por otra en un medio integral de gestión de la propia identidad, de su personalidad y de las relaciones sociales²²⁵.

El papel que juegan y pueden desempeñar estas redes sociales en el desarrollo de las relaciones sociales es aún mucho más significativo en los jóvenes²²⁶. En la etapa adolescente y preadulta donde la construcción de la identidad propia ocupa una dimensión muy significativa, un instrumento para la comunicación y el contacto social como son las redes sociales puede desempeñar un papel crucial en la vida de los jóvenes. Según las investigaciones existentes los adolescentes usan Internet para comunicarse con los amigos, para buscar otros nuevos, para buscar pareja, para compartir información personal, etcétera²²⁷.

Lo cierto es que las redes sociales en particular e Internet en general constituyen hoy en día un nuevo ámbito de desarrollo personal, un nuevo espacio vital en el que cada individuo pasa varias horas al día, se comunica con otros, crea relaciones, etc. Lo hace desde su casa o desde el trabajo si atendemos al espacio físico que ocupa, pero ese espacio no tiene ya relevancia alguna cuando el sujeto está en Facebook comentando una opinión política, en Tuenti hablando de un compañero o en su blog personal cargan-

²²³ BOYD, D. M., y ELLISON, N. B., «Social network sites: Definition, history, and scholarship», en *JCMC*, vol. 13, núm. 1, 2007, pp. 1 y ss.

²²⁴ LIVINGSTONE, S., «Taking risky opportunities in youthful content creation: teenagers' use of social networking sites for intimacy, privacy and self-expression», en *NMS*, 10(3), 2008, p. 396.

²²⁵ *Ibid.*, p. 396. Señala la autora que son los jóvenes los que están en la vanguardia de la utilización de las redes sociales según muestran todos los estudios.

²²⁶ SUBRAHMANYAM, K.; REICH, S. M.; WAECHTER, N., y ESPINOZA, G., «Online and offline social networks: Use of social networking sites by emerging adults», en *JADP*, 29, 2008, pp. 420 y ss.

²²⁷ *Ibid.*, pp. 422 y ss.

do un vídeo concreto. El ciberespacio es para las relaciones sociales, en ese sentido, tan real como el *meatspace*²²⁸, y todos los comportamientos socialmente identificables que no requieren de un contacto físico directo pueden realizarse en él del mismo modo que en el espacio físico²²⁹. A los efectos que nos interesan, por tanto, puede afirmarse que todas las esferas personales que, al relacionarse con los demás, pueden ser puestas en peligro, lo están también en el ciberespacio; y que todas las conductas criminales de ataque a las personas que no requieran de una inmediatez física también van a acabar realizándose por medio de Internet.

Las primeras manifestaciones de esta criminalidad social se dieron ya mucho antes de la aparición de las redes sociales, con el uso de algunos de los servicios de Internet como la propia *www* o el correo electrónico y su utilización para comunicarse con otros. Como cualquier otro medio de difusión de contenidos, Internet está sirviendo desde hace tiempo para la comisión de calumnias, injurias y amenazas que son ejecutadas por medio de *e-mails* o por su publicación en páginas web. También la violación de la intimidad personal, y no sólo como parte del cibercrimen económico como medio para la consecución del futuro fraude, sino con el mero fin de desvelar secretos personales y dañar la intimidad de la víctima, se muestra como conducta delictiva en el ciberespacio debido a la ingente cantidad de información personal que los particulares colocan en sus sistemas informáticos y comparten en sus correos electrónicos y que entran en riesgo al estar tales sistemas conectados en Red. Incluso la libre formación de la sexualidad de los menores también podía ser atacada, no sólo por medio de la pornografía infantil que suele utilizar el ciberespacio únicamente para transmitir los contenidos grabados de forma previa en el espacio físico, sino por parte de abusadores sexuales que utilizan las salas de chat o sistemas de comunicación como el Messenger para realizar proposiciones sexuales a menores que luego tratan de convertir en realidad mediante un contacto con sus víctimas.

Con la web 2.0, la popularización de las redes sociales especialmente para adolescentes y adultos jóvenes y la generalización de los sistemas de telefonía móvil que permiten su conexión con el resto de servicios del ciberespacio, el catálogo de comportamientos criminales en la Red que pueden afectar a las esferas más personales del individuo aumenta cuantitativamente y, en lo cualitativo, su dañosidad es significativamente superior. En realidad,

²²⁸ Término utilizado para referirse al espacio físico frente al ciberespacio. FIELDING, A., «Cyber Space, Meat Space and a Sense of Place: Lessons from the interplay of the online and offline worlds». En Internet, en http://www.walk21.com/papers/Andrew%20Fielding_Cyber%20Space,%20Meat%20Space%20and%20a%20Sense%20of%20Place.pdf (última visita el 19 de junio de 2012).

²²⁹ En realidad, del mismo modo sólo en lo cualitativo, pues obviamente en lo cuantitativo el ciberespacio también potencia la capacidad de las personas para el contacto social al derribar las barreras del espacio físico.

lo que está sucediendo es que prácticamente todos los comportamientos delictivos en el espacio físico están encontrando su referente en el ciberespacio conforme la vida social empieza también a desarrollarse en ese ámbito. Así, y en cuanto a lo primero, todas las formas de acoso de una persona o grupo de personas a otra se están comenzando a dar también en el ciberespacio: bien con el simple uso del correo electrónico o de otras formas de comunicación que sirvan para enviar mensajes ofensivos contra la víctima, o de forma algo más elaborada por medio de las redes sociales que permiten tanto la exclusión de un sujeto por parte de un grupo como la creación de perfiles falsos y la difusión de imágenes, vídeos y textos relativos a la víctima con el ánimo de ofenderla y dañar su imagen o su dignidad. Aunque esto ya está comenzando a darse en el ámbito laboral como parte de las dinámicas de *mobbing*, aún más usual es encontrarnos con acoso entre adolescentes, especialmente en el ámbito escolar y no sólo utilizándose el ciberespacio en estos casos como forma de reforzar el acoso de un grupo de menores contra otro que ya tiene lugar en el ámbito del colegio, con la publicación de imágenes difamatorias, de mensajes o similares, sino incluso constituyendo la principal o única forma de acoso pero con similar potencialidad lesiva a la ejercida en el ámbito «real». También la Red es un ámbito propicio para el *stalking* o acoso continuado a una persona con permanentes solicitudes de contacto que son continuamente rechazadas por la víctima. El autor del *cyberstalking* aprovecha las facilidades para la comunicación que ofrece Internet para sumar al típico acoso telefónico el envío masivo de correos electrónicos, la solicitud de ser agregado a las redes sociales en las que está la víctima (directamente por parte de ella o por parte de los amigos de ésta), la creación de blogs y webs en los que se narra la relación con la persona acosada entre otras posibles conductas.

También forman parte de esta categoría que hemos denominado cibercriminalidad social, las conductas de acoso sexual (especialmente a menores) y que, si bien pueden efectuarse por medio de mensajes de correo electrónico o en redes sociales, es más común que se den en salas de chat en las que la comunicación entre el agresor y la víctima es más directa. Según los estudios existentes, uno de cada siete jóvenes de 13 a 17 años en Internet ha recibido una proposición sexual en el ciberespacio²³⁰. Aunque sobre estas conductas se volverá más adelante cuando analicemos el denominado *online grooming* o acercamiento sexual a menores con el propósito de realizar posteriormente un contacto, sí se puede adelantar que las mismas no son precisamente llevadas a cabo por el mismo tipo de «depredador sexual» que abusa de menores de 11 a 13 años²³¹, sino más bien por otro tipo de

²³⁰ KONTOSTATHIS, A.; EDWARDS, L., y LEATHERMAN, A., «Text Mining and Cybercrime», en VVAA, *Text Mining: Applications and Theory*, John Willey and Sons, 2010, pp. 1 y ss.

²³¹ Así, BLAKELY, B. A., «Cyberpower in International Relations», 2010. En Internet, en <http://www.babblakely.net/wp-content/uploads/2010/12/Blakely-504Term.pdf>, p. 1.

delincuente que desde la seguridad que le da el ciberespacio realiza proposiciones sexuales directas a menores de 14 a 17 años con los que trata de quedar en el espacio real.

Mención especial por la singularidad de esta conducta realizada entre menores, y por el concreto instrumento de las TIC utilizado, merece el ya analizado *sexting*, consistente como se ha dicho en el envío a otro menor por mensajería telefónica (aunque también por medio de correos electrónicos o sistemas de mensajería en redes sociales) de fotografías de desnudos, posturas eróticas o partes del cuerpo con intención de formar parte de algún mensaje de tipo sexual practicadas normalmente por un menor. No es ésta la única conducta de entre las que estamos calificando como cibercriminalidad llevada a cabo por menores en la que se utiliza el teléfono móvil, puesto que el mismo también sirve para el envío de mensajes dentro de las dinámicas del *cyberbullying*, etc. Su singularidad estriba, en cambio, en la dificultad de su consideración como ilícito, dado que en este caso es el propio menor el que se realiza la fotografía a sí mismo y en muchos casos la envía voluntariamente a otro menor.

Por último, el teléfono móvil como instrumento de grabación o realización de fotografías e Internet en general y las redes sociales en particular como vehículo para la difusión de lo grabado, convergen en otro tipo de conductas violentas en las que si bien el acto criminal principal se realiza en el espacio físico y no es propiamente un cibercrimen, sí que deben ser mencionadas dado que la utilización de tales imágenes en el ciberespacio puede tener una entidad lesiva singular y propia. Me refiero a las conductas realizadas por grupos de menores o jóvenes adultos consistentes en la grabación de comportamientos violentos o vejatorios contra otras personas, usualmente menores conocidos por los actores víctimas de *bullying*, pero también personas mayores o cualesquiera otros individuos que puedan ser objeto de violencia y burla.

Como ya he señalado, todos estos comportamientos criminales realizados en el ciberespacio no son más que la extensión a ese nuevo ámbito de intercomunicación personal de comportamientos criminales realizados en el espacio físico. Eso no significa que los perfiles de quienes realizan unos y otros delitos sean idénticos. Como luego se verá y ya se ha adelantado para algún crimen en concreto, los especiales caracteres del ciberespacio también cambian los perfiles de quienes cometen los delitos en él. Antes de entrar en ello, en todo caso, de definir la arquitectura del nuevo medio criminal y analizar cómo incide en el delito, es el momento de terminar con la última categoría de cibercrimen.

3.3. El ciberdelincuencia político: ciberterrorismo, *hacktivismo* y otras formas de delincuencia política en el ciberespacio

Hay una tercera forma de ciberdelincuencia que no tiene que ver ni con la voluntad de obtener beneficios patrimoniales ilícitos por parte de los criminales ni con las nuevas formas de relaciones sociales en el ciberespacio y los bienes personales que se pueden ver afectados por ello, sino más bien con otra gran dimensión del ciberespacio, la de constituir el más poderoso medio de comunicación así como una herramienta imprescindible para la aplicación de políticas por parte de Estados e instituciones. Internet puede convertirse por tanto en un instrumento para la lucha política o ideológica de muchas formas distintas: puede ser vehículo de transmisión de la información que a su vez puede ser una forma de captación ideológica muy poderosa, puede ser un medio para el ataque a servicios estatales o institucionales de todo tipo en un momento en el que todos los Estados dependen de alguna forma y en muchas de sus funciones del funcionamiento de Internet, y puede ser un medio sencillo de comunicación entre individuos o grupos separados geográficamente pero unidos por una misma finalidad política o ideológica.

Todo esto configura al ciberespacio como un ámbito en el que van a aparecer diversas formas de ciberdelincuencia política, de entre las que resalta muy especialmente en la actualidad el ciberterrorismo, pero entre las que irá adquiriendo cada vez más protagonismo el *hacktivismo* político tal y como han demostrado los sucesos de la denominada «primavera árabe» y otros en los que las TIC, en general, y las redes sociales y los sistemas de comunicación móvil, en particular, jugaron un papel determinante en la revolución de los países árabes.

3.3.1. El ciberterrorismo

Popularmente, el término ciberterrorismo²³² suena a una hipotética, en realidad futurista, utilización de Internet para la realización de ataques terroristas que atenten contra la vida o salud de miles de personas en todo

²³² Recuerdan COLARIK, A. M., y JANCZEWSKI, L. J., «Introduction to Cyber Warfare and Cyber Terrorism», en JANCZEWSKI, L. J., y COLARIK, A. M. (eds.), *Cyber Warfare and Cyber Terrorism*, Hershey-London, IGI Global, 2008, p. 13, que el término *cyberterrorism* fue utilizado en 1996 por las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos y ha sido posteriormente aceptado de forma general. Sobre el término ciberterrorismo y los distintos usos que se le han ido dando, véase el trabajo de BALLARD, J. D.; HORNICK, J. G., y MCKENZIE, D., «Technological Facilitation of Terrorism: Definitional, Legal, and Policy Issues», en *ABS*, vol. 45, núm. 6, 2002, pp. 990 y ss. En los últimos tiempos, sin embargo, se está generalizando el sentido de ciberterrorismo que se le ha dado en este trabajo de relación amplia entre terrorismo y uso de las TIC.

el mundo²³³. Aunque los expertos en el desarrollo de las TIC dicen que la posibilidad de ataques de este tipo «no es una cuestión de si, sino de cuándo»²³⁴, la realidad aún es más prosaica²³⁵, y esa imagen «casi cinematográfica» se asemeja parcialmente a lo que en realidad es el ciberterrorismo que ya existe en la actualidad: la posibilidad de la utilización de las TIC para la realización de ataques premeditados y políticos contra sistemas de información que sean un potencial objetivo, así como para la difusión de sus fines y logros, con la consiguiente puesta en peligro de los intereses individuales de las personas y la afectación de la paz social como en cualquier otra forma de amenaza terrorista²³⁶.

En efecto, si bien el término ciberterrorismo se utilizó en un primer momento tanto para referirse a los ataques a sistemas informáticos con efectos tan graves que generaban un temor comparable al que produce el terrorismo tradicional²³⁷, como para englobar los ataques a sistemas informáticos motivados políticamente y realizados para intimidar o coaccionar a los Estados a cambio de determinadas prestaciones²³⁸; hoy el mismo se utiliza, en sentido amplio, como forma de referirse a los efectos de riesgo social que conlleva la unión entre terrorismo global y nuevas tecnologías de la información y la comunicación²³⁹, esto es, para englobar todo un grupo de comportamientos distintos llevados a cabo por organizaciones terroristas pero caracterizados todos ellos por la utilización de la Red para la difusión y comunicación de contenidos relacionados con la actividad de la banda armada²⁴⁰ o para la

²³³ En general, sobre las «mentiras» y exageraciones acerca del ciberterrorismo, véase GREEN, J., «The myth of ciberterrorismo», en *WM*, noviembre de 2002, pp. 8 y ss. Es inevitable, en todo caso, que se genere «terror» ante la aparición de noticias como la de finales de 2010 relativa al ataque informático del virus Stuxnet que afectó a unos 30.000 ordenadores en Irán, aparentemente creado para sabotear el programa nuclear iraní y que puso en riesgo, según la información, la seguridad de sus instalaciones nucleares. Véase la noticia en http://www.elpais.com/articulo/internacional/Iran/sufre/ataque/informatico/instalaciones/nucleares/elpepuint/20100928elpepuint_8/Tes (última visita el 28 de septiembre de 2010).

²³⁴ PRUNCKUN, H., «“Bogies in the wire”: Is there a need for legislative control of cyber weapons?», en *GC*, vol. 9, núm. 3, agosto de 2008, p. 262.

²³⁵ BROWN, I., «The Law and Economics of Cybersecurity», en *LQR*, vol. 123, 2007, p. 173.

²³⁶ Véase, extensamente, BROWN, I., y KORFF, D., «Terrorism and the Proportionality of Internet Surveillance», en *EJC*, vol. 6, núm. 2, 2009, pp. 119 y ss., especialmente pp. 121 y ss.

²³⁷ CURRAN, K.; CONCANNON, K., y MCKEEVER, S., «Cyber terrorism attacks», en JANCZEWSKI, L. J., y COLARIK, A. M. (eds.), *Cyber Warfare...*, op. cit., p. 1.

²³⁸ ROLLINS, J., y WILSON, C., «Terrorist Capabilities for Cyberattack: Overview and Policy Issues», en *CRS Report for Congress*, enero de 2007, Library of Congress Washington DC Congressional Research Service, p. 3.

²³⁹ Distingue SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J., «El ciberterrorismo: una perspectiva legal y judicial», en *Eguzkilore*, núm. 22, San Sebastián, diciembre de 2008, pp. 172 y ss., entre una perspectiva medial y una perspectiva final del ciberterrorismo, la primera para referirse al aprovechamiento por los grupos terroristas de las posibilidades que brindan las TIC y la medial para hacerlo a las conductas de destrucción de información sensible contenida en sistemas telemáticos o informáticos.

²⁴⁰ Aunque posteriormente volveremos sobre el concepto de ciberterrorismo baste ahora con aprovechar como definición la idea de ARIELY, G., «Knowledge Management, Terrorism,

realización de ataques informáticos directos tal y como ya han demostrado algunos estudios criminológicos²⁴¹.

En realidad, podría hacerse una triple clasificación de conductas de ciberterrorismo, tal y como se presenta en la siguiente tabla, según la actividad desarrollada: difundir el mensaje terrorista, ayudar a las actividades por medio de la difusión de información, o ayudar a la actividad terrorista por medio del ataque directo.

Tabla 2.5. Conductas de ciberterrorismo. Elaboración propia.

<i>Uso de las TIC para difusión de información</i>		<i>Ciberataques directos</i>
<i>Incitación y propaganda terrorista</i>	<i>Actividades de apoyo informacional</i>	<i>Ciberataques terroristas directos</i>
Webs de incitación	Solicitud de financiación	Ataques DoS
Webs de propaganda	Órdenes a las células	Infecciones de <i>malware</i> destructivo
	Adiestramiento en fabricación de bombas, etc.	Infecciones de <i>malware</i> intrusivo
	Reclutamiento de terroristas	

Y todas estas modalidades están especialmente relacionadas con el nuevo terrorismo yihadista. Pues, y aunque por causas (no total pero sí parcialmente) desconectadas, es cierto que en el mismo período de la historia (finales del siglo pasado y principios de éste) han aparecido dos fenómenos de importancia capital: el primero, del que ya hemos hablado, el de la popularización de las TIC y la aparición del ciberespacio como nuevo ámbito de intercomunicación personal; el segundo, la aparición del terrorismo global, término que comenzó a utilizarse a partir del 11 de septiembre de 2001 para referirse a aquel tipo de actividad terrorista caracterizada por ser transnacional, como ya lo era en parte el terrorismo internacional clásico, pero, también, por tener pretensiones políticas o desestabilizadoras a nivel mundial y, por tanto, afectar no a Estados concretos y particulares, sino a todos ellos en

and Cyber Terrorism», en JANCZEWSKI, L. J., y COLARIK, A., *Cyber Warfare and Cyber Terrorism*, Idea Group Inc (IGI), USA, 2008, pp. 7 y ss., cuando señala que el ciberterrorismo no es más que la convergencia, en todos sus sentidos y posibilidades, del terrorismo y el ciberespacio y está especialmente unido al terrorismo no virtual en general y al nuevo terrorismo global en particular.

²⁴¹ A lo cual se podría sumar otra modalidad, aportada por TOUNTAS, S. W., «Carnivore: Is the Regulation of Wireless Technology a Legally Viable Option to Curtail the Growth of Cybercrime?», en *WUJLP*, vol. 11, 2003, p. 362, que consistiría en el uso de las TIC para evitar la detección de las actividades terroristas por parte de los servicios de inteligencia. Señala el autor que éste fue uno de los primeros usos que el terrorismo internacional dio a las TIC.

general²⁴². El terrorismo global está claramente protagonizado por el terrorismo islamista, como concepto englobador de los distintos grupos terroristas adscritos al islamismo radical, y muy en particular por Al Qaeda, que más que un grupo terrorista conforme a la comprensión tradicional del mismo, se puede considerar como una ideología organizada para el odio terrorista.

Lo cierto es que las TIC en general, e Internet muy en particular, se han convertido en un poderoso aliado para un gran número de grupos terroristas clásicos²⁴³, pero muy especialmente para esta nueva forma de terrorismo que, por su carácter transnacional y por englobar, ideológicamente hablando, todo un conjunto de grupúsculos y de personas individuales unidas por el fundamentalismo ideológico radical y el odio a Occidente, requiere de formas de comunicación y de difusión de la información a nivel interno y externo, que superen los sistemas tradicionales anteriores a la aparición del ciberespacio.

Ese tipo de comportamientos, pues, conformarían el primer gran grupo de conductas de ciberterrorismo, el que entronca el fenómeno con los cibercrímenes de contenido, todas aquellas en las que se usan las TIC para difundir por Internet contenidos, genéricos o específicos, de difusión de mensajes de violencia y de incitación al terrorismo o, más generalmente, como «plataforma de adoctrinamiento y radicalización yihadista de cientos de miles de individuos musulmanes repartidos por todo el mundo que, por diversas razones, sienten la necesidad de defender al islam del yugo representado por occidente»²⁴⁴.

En relación con estas modalidades de conducta el ciberterrorismo tiene especial relevancia en los últimos años debido a que ha venido unido al terrorismo yihadista o terrorismo global, en el que la falta de jerarquía directa entre las células separadas entre sí por grandes distancias geográficas se compensa con la existencia de un mensaje único que solamente tiene que ser transmitido a todos los pertenecientes a esa idea que es Al Qaeda²⁴⁵. Las TIC son, en este sentido, una magnífica herramienta para la comunicación inter-

²⁴² Véase al respecto los trabajos de REINARES NESTARES, F., *Terrorismo y antiterrorismo*, Barcelona, Paidós Ibérica, 1998, pp. 25 y ss.

²⁴³ En este sentido señala WEIMANN, G., «The Psychology of Mass-Mediated Terrorism», en *ABS*, vol. 52, núm. 1, septiembre de 2008, p. 76, que en la actualidad prácticamente todas las bandas terroristas activas mantienen sitios web, entre las cuales señala las siguientes: Hamás, Hezbolá, las Brigadas Mártires de Al Aqsa, Ansar el Islam, el Frente Popular para la Liberación de Palestina, y otros muchos grupos dentro del mundo árabe radical; ETA, el Ejército Corso y el IRA, en Europa; Túpac Amaru, Sendero Luminoso, las FARC y el ELN en Iberoamérica, y Aum Shinrikyo, el Ejército Rojo Japonés, el Movimiento Islámico de Uzbekistán (IMU) y el movimiento rebelde del Cáucaso Norte, en Asia.

²⁴⁴ CANO PAÑOS, M. Á., «Internet y terrorismo islamista: aspectos criminológicos y legales», en *Eguzkilo*, núm. 22, San Sebastián, diciembre de 2008, p. 68. Resulta especialmente interesante el análisis que realiza el autor de los diferentes perfiles de nuevos terroristas islamistas existentes y de la influencia que en ellos y en el propio proceso de reclutamiento, tiene el uso de las TIC.

²⁴⁵ ARIELY, G., «Knowledge Management, Terrorism...», *op. cit.*, pp. 8 y ss.

na, para la difusión de mensajes entre los miembros de la organización²⁴⁶ relativos a los objetivos, a la financiación o a cualquier otra actividad organizativa. Esta modalidad de uso de Internet para las organizaciones criminales y terroristas tradicionales resulta innecesaria e incluso peligrosa por las posibilidades de detección de las mismas por los servicios de inteligencia, pero que para organizaciones terroristas como Al Qaeda, que constituye más bien el conglomerado de los pequeños grupúsculos terroristas dirigidos por una ideología global de odio que marca objetivos y modelos de ataque, resulta esencial²⁴⁷. Siendo ésa la estructura y siendo las dimensiones del terrorismo yihadista transnacionales, el contacto entre jefes de células o entre los propios miembros resulta generalmente muy complejo, por lo que es mucho más sencilla y eficaz la transmisión a través de Internet, bien mediante mensajes globales definitorios de objetivos genéricos en determinados momentos, o bien de comunicados concretos a grupos o terroristas específicos. A ello hay que sumar la utilización de Internet para dar sensación de pertenencia²⁴⁸, lo cual en este tipo de organizaciones con células disgregadas acaba siendo muy importante.

Dentro de esta forma de uso de Internet por parte del terrorismo islamista radical podrían abarcarse, pues, todas las formas de promoción externa de la organización, entre ellas, como señala Cano Paños, algunas de las siguientes: el uso de las TIC para llevar a cabo amenazas contra sujetos en particular, Estados, organismos o formas de organización social y cultural; como foro de propaganda del terrorismo islamista en el que se ensalcen y justifiquen sus actividades; etcétera²⁴⁹.

Junto a estas actividades de ciberterrorismo que hemos denominado de incitación y propaganda, habría un segundo grupo de conductas también caracterizadas por el uso de las TIC para informar y comunicar; no obstante, éstas ya no consistirían en la incitación general a la actividad terrorista o en la propaganda de las actividades de la banda, sino en el aprovechamiento de las TIC para la difusión de mensajes internos, de órdenes explícitas o incluso para recaudar fondos a través de páginas web de supuestas asociaciones

²⁴⁶ Recuerdan BROWN, I., y KORFF, D., «Terrorism and...», *op. cit.*, p. 123, que la estructura de las webs que transmiten este tipo de información es muy diversa, según se trate de organizaciones terroristas tradicionales, como Hezbolá, en la que la jerarquía es total y hay instrucciones directas para sus miembros, o Al Qaeda, webs mucho más interactivas por no ser propiamente organizaciones jerárquicas y en las que los mensajes son más abiertos.

²⁴⁷ Véase en este sentido el análisis llevado a cabo por WEIMANN, G., «The Psychology...», *op. cit.*, p. 76, de la utilización por Al Qaeda de los distintos servicios que ofrece Yahoo, tales como las salas de chat, el correo electrónico y especialmente los grupos dedicados a un asunto específico y cerrado a los miembros del mismo modo que las redes sociales, cuya creación es gratuita, libre, rápida y muy sencilla, por lo que es usado por los partidarios y los propios terroristas de Al Qaeda para hacer la crónica de sus victorias o proporcionar material multimedia relacionado con la Yihad.

²⁴⁸ BROWN, I., y KORFF, D., «Terrorism and...», *op. cit.*, p. 122.

²⁴⁹ CANO PAÑOS, M. Á., «Internet y terrorismo islamista: aspectos criminológicos y legales», *op. cit.*, p. 69.

benéficas o de ONG; como forma de reclutamiento de futuros terroristas a través de foros, chats y canales IRC, visitados por individuos receptivos a tal ideología extremista²⁵⁰; como «campo de entrenamiento virtual» para los terroristas, con la transmisión de los conocimientos necesarios para realizar los atentados o para dotarse de los instrumentos requeridos para hacerlo²⁵¹.

En tercer lugar, y como segunda gran categoría, también es posible otro tipo de ciberterrorismo en el que las TIC jueguen un papel aún más predominante: se trataría de la realización de ataques informáticos, principalmente de denegación de servicio, contra objetivos sensibles del Estado al que se ataca, ya sea éste el objetivo directo, ya sea sólo una forma de impedir el ejercicio de los servicios de inteligencia o cualesquiera otros servicios necesarios para la defensa del Estado de que se trate. Así lo han hecho, según los datos de la inteligencia antiterrorista existente, organizaciones terroristas como Al Qaeda, Hezbolá o la insurgencia iraquí. También entrarían dentro de esta última modalidad el envío de *malware* o el propio acceso informático ilícito siempre que el objetivo sea dañar una estructura de defensa del «enemigo».

Este ciberterrorismo en sentido puro o estricto consistiría, pues, en la realización de ataques a través de la Red por parte de los terroristas a sistemas informáticos para dañarlos o lograr la inutilización operativa de sistemas de información, logísticos o de intervención²⁵². Aunque es una posibilidad el que se utilice Internet para atacar los sistemas de información del «enemigo» y, así, debilitarle, no suelen ser las propias organizaciones terroristas yihadistas las que se ocupan de estas actividades, sino que más bien son jóvenes musulmanes radicales con conocimientos básicos de informática, los que pueden realizar ataques de este tipo, pero de potencialidad lesiva muy limitada. Aun así, la inteligencia norteamericana considera fiables algunas informaciones relativas a la creación, desde el extremismo islamista, de una

²⁵⁰ Como ejemplo de lo sencillo que puede resultar crear un sitio web para la realización de todo ese tipo de actividades, podría citarse el caso recordado por WEIMANN, G., «The Psychology...», *op. cit.*, p. 75, de la primera página web permanente que utilizó Al Qaeda bajo la apariencia de una organización ficticia, el Centro Islámico de Estudios e Investigación, gracias a una simple cuenta de correo de Hotmail y al envío de 87 dólares a un banco de Malasia para pagar el hospedaje de la web durante un año. Sobre las actividades que desde Al-Neda llevó a cabo Al Qaeda, especialmente en lo relativo a la difusión del mensaje del terror, véase el extenso trabajo de KOHLMANN, E. F., «“Homegrown” Terrorists: Theory and Cases in the War on Terror’s Newest Front», en *ANNALS*, núm. 618, julio de 2008, pp. 99 y ss.

²⁵¹ En este sentido, son múltiples las posibilidades de entrenamiento virtual relatadas por SPRING, T., «Al Qaeda’s Tech Traps. Investigations, arrests highlight how technology aids and weakens terror network», en *PCWorld*, septiembre de 2004. En Internet, en <http://pcworld.about.net/news/Sep012004id117658.htm> (última visita el 9 de septiembre de 2010), tales como enseñanzas para crear un lugar seguro, disimular el aspecto, saber desaparecer, etcétera.

²⁵² CURRAN, K.; CONCANNON, K., y MCKEEVER, S., «Cyber terrorism...», *op. cit.*, p. 2, también, SIEBER, U., y BRUNST, P., *Cyberterrorism. The use of the Internet for terrorist purposes*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2008, pp. 25 y ss.

«armada islamista de *hackers*» que perpetren ciberataques contra el gobierno de Estados Unidos y otros objetivos enemigos ²⁵³.

Si a todo lo señalado sumamos los caracteres intrínsecos del ciberespacio, especialmente la transnacionalidad de ese medio de comunicación, su popularización en todas las sociedades y en todos los estratos, las facilidades para el anonimato que el mismo otorga, y las dificultades para la persecución de tales actividades a nivel nacional, se puede comprender la preocupación existente por este nuevo contexto de la violencia terrorista que se ha denominado ciberterrorismo.

3.3.2. *La ciberguerra*

No sólo los grupos terroristas, sino también los propios Estados, aprovechan Internet para debilitar a sus enemigos, hasta el punto de que hay quienes apuntan que la guerra cibernética ²⁵⁴ no está tan lejana como puede parecer: esta amenaza ha tomado el lugar que ocupaba hasta hace poco la guerra nuclear ²⁵⁵. Sin entrar a valorar la realidad de ese tipo de amenazas, lo que es innegable es que hoy Internet puede ser una poderosa arma para ser utilizada frente a Estados, instituciones y demás por parte de gobiernos de todo el mundo y en relación con cuestiones muy diversas. Dos ejemplos paradigmáticos de esto son el ataque de denegación de servicio de Rusia a

²⁵³ Véase en este sentido el reportaje de WATERMAN, S., «Islamists Seek To Organize Hackers' Jihad in Cyberspace», en *WT*, agosto de 2005, p. 9.

²⁵⁴ Para referirse a este tipo de ciberataques entre Estados se suele utilizar en inglés el término *cyberwarfare*, si bien la literatura especializada utiliza a veces de forma poco precisa indistintamente el término *cyberterrorism* y el de *cyberwarfare*. Colarick y Janckcewsky proponen una interesante diferenciación entre ambos conceptos: mientras que el ciberterrorismo serían los ataques premeditados y motivados políticamente de grupos nacionales o agentes clandestinos o los actos individuales contra terminales informáticas, programas y la información en ellos contenidos que se traduce en violencia contra objetivos no combatientes, el término *cyberwarfare* serviría para definir los ataques planeados por naciones o sus agentes contra sistemas informáticos, terminales y demás con la intención de causar daños en el enemigo, COLARIK, A. M., y JANCZEWSKI, L. J., «Introduction to Cyber Warfare...», *op. cit.*, pp. 13 y 14. Esa definición, en realidad, muestra que el *cyber warfare* no es más que una actualización al ámbito del ciberespacio del *information warfare*, definido tradicionalmente como las acciones destinadas a proteger, explotar, corromper, impedir o destruir información o recursos de información con la intención de producir una significativa ventaja o victoria sobre el adversario., KNAPP, K. J., y BOULTON, W. R., «Ten Information Warfare Trends», en JANCZEWSKI, L. J., y COLARIK, A. M. (eds.), *Cyber warfare and cyber terrorism*, Information Science Reference, 2008, p. 18. Aunque no comparto la definición de ciberterrorismo que dan los autores, puesto que el mismo no debe englobar tan sólo los ataques a la información o a los sistemas con el objetivo de dañar al enemigo sino, como se ha visto y se verá posteriormente de forma más detenida, todas las actividades de facilitación de los grupos terroristas en el ciberespacio, sí creo que puede aprovecharse la diferenciación que realizan para señalar que el criterio de distinción de los dos conceptos, es el protagonista de los ataques: grupos terroristas en el ciberterrorismo, Estados en la guerra cibernética como modernización a la sociedad de las TIC de la guerra de información.

²⁵⁵ BLAKELY, B. A., «Cyberpower in International Relations», 2010. En Internet, en <http://www.bablakely.net/wp-content/uploads/2010/12/Blakely-504Term.pdf>, p. 1.

Georgia durante la guerra de Osetia y la infección del virus Stuxnet a los sistemas informáticos del programa nuclear iraní llevado a cabo por Israel.

En cuanto al primero, quizás el más claro ejemplo de guerra cibernética al venir unido a actos de guerra real, se produjo en agosto de 2008 cuando tropas militares rusas respondieron a lo que consideraron una provocación de Georgia por haber entrado en el territorio semiautónomo de Osetia. No sólo atacaron con bombas y balas sino también con un ataque de DDoS que afectó a múltiples páginas web del gobierno de Georgia, dejando sin uso varios servicios de Internet y obstruyendo y dificultando la comunicación de varias de las oficinas con sus tropas y ciudadanos. Los ataques de denegación de servicio vinieron unidos a otros ataques de *hackers* en los que se modificaban las webs oficiales del gobierno de Georgia con mensajes de propaganda nacionalista rusa²⁵⁶. Aunque Georgia acusó al gobierno ruso de perpetrar un ciberataque contra ellos, Rusia negó el patrocinio o el apoyo de tales conductas alegando que provendrían probablemente de personas con un excesivo sentimiento nacionalista y como respuesta a la agresión de Georgia²⁵⁷.

Precisamente con Rusia también tuvo que ver el ataque perpetrado contra Estonia en la primavera del año anterior, 2007, cuando se decidió retirar una estatua de bronce al «soldado soviético» de un parque del puerto marítimo de Tallin. Las autoridades del país esperaban protestas airadas de los rusos o de los habitantes de su país de origen ruso, pero no todo el conjunto de ciberataques, generalmente de denegación de servicio, que tuvo prácticamente paralizado durante varias semanas el ciberespacio de aquel país y que duró casi un mes hasta que el gobierno pudo estabilizar la situación²⁵⁸. Quizás lo más significativo del caso de Estonia, cuanto menos en lo que implica de toma de conciencia de la importancia de la amenaza, es que, como recuerdan Sommer y Brown en el informe para la OCDE²⁵⁹, a partir de aquel momento la OTAN creó la CDMA (Cyber Defence Management Authority) con la intención de dar asistencia a los países miembros de la organización en el caso de que hubiera un ciberataque de este tipo²⁶⁰.

²⁵⁶ OPHARDT, J. A., «Cyber warfare and the crime of aggression: the need for individual accountability on tomorrow's battlefield», en *DLTR*, núm. 3, 2010, p. 3.

²⁵⁷ No fueron éstos los únicos casos de ciberataques realizados como continuación a ataques armados previos, y no siempre es fácil saber si realmente es el gobierno el que está detrás de los mismos. Según relatan COLARIK, A. M., y JANCZEWSKI, L. J., «Introduction to Cyber Warfare and...», *op. cit.*, pp. 14 y ss., inmediatamente después de que un avión militar americano cayera en la costa de China, *hackers* de ambos países comenzaron a perpetrar ciberataques contra webs del otro país; y también hubo ataques durante los conflictos de Pakistán con la India, Israel y Palestina y durante la guerra de los Balcanes.

²⁵⁸ JENIK, A., «Cyberwar in Estonia and the Middle East», en *NS*, núm. 4, abril de 2009, pp. 4 y ss.

²⁵⁹ SOMMER, P., y BROWN, I., «Reducing Systemic Cybersecurity Risk. Contribution to the OECD project Future "Global Shocks"», 2011», disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/57/44/46889922.pdf> (última visita el 19 de junio de 2012, p. 74).

²⁶⁰ La OTAN estableció un centro de excelencia en la capital de Estonia, Tallin, y está analizando opciones de cooperación futura en materia de ciberdefensa.

De diferente tipo es el otro caso de guerra cibernética, quizá el más llamativo, el del virus gusano Stuxnet, presuntamente creado por el gobierno de Israel y destinado a infectar los sistemas informáticos utilizados en el programa nuclear iraní. Aunque los ciberataques entre Israel y los países árabes o los *hackers* islamistas radicales (muy particularmente un grupo de *hackers* marroquíes pero también de otros países) existen desde 1999 cuando empezó una guerra de ataques cibernéticos que no ha parado²⁶¹, el capítulo de Stuxnet es distinto, pues supone un boicot informático de primer orden que habla por sí solo del poder del ciberespacio. Además lo cierto es que Stuxnet parece haber tenido éxito, al menos según las noticias que llegan a Occidente: este virus ha logrado, aprovechando una vulnerabilidad del sistema, tomar el control de parte del sistema operativo que debía ser de uso exclusivo de los iraníes para el control de su programa nuclear, y está retrasando éste de forma más que significativa.

A mi parecer, no es demasiado difícil prever que las posibilidades de ciberataques de este tipo entre Estados, entre organizaciones o de organizaciones criminales contra Estados irán en aumento en los próximos años conforme vayan aumentando los servicios que los distintos Estados vayan ofreciendo a sus ciudadanos a través del ciberespacio. Hoy todavía son pocos los recursos estatales en Internet, o cuanto menos no parece que el corte de cualquiera de los que hay pueda suponer algo catastrófico. Ahora bien, conforme vayan llegando al ciberespacio servicios sociales relacionados con la seguridad personal, la sanidad, la educación, etc., la importancia de los ciberataques irá en aumento. No parece absurdo imaginar la extorsión realizada contra Estados o gobiernos ante el «secuestro» de servicios básicos realizados a través de Internet en los que se pida algo a cambio de cesar el ataque. Este es el aspecto de la ciberguerra que más parece acercarse a lo previsible para muy pronto.

3.3.3. *El ciberhacktivismo*

También se puede considerar criminalidad política, aunque no se trate en este caso de lucha entre Estados, el que se ha venido en denominar *hacktivismo*. La unión de los términos activismo y *hacker* en este concepto, que cada vez está adquiriendo mayor relevancia mediática, sirve para englobar todo un conjunto de ataques llevados a cabo por *hackers* informáticos, pero no con una finalidad maliciosa de defraudar a las víctimas, de robarles información para traficar con ella o de causar daños para perjudicarles económicamente, ni siquiera con la mera voluntad de superación de barreras que parecía distinguir a *hackers* y *crackers*, sino con la intención de lanzar un

²⁶¹ Así se relata en este artículo que se ocupa especialmente de los ciberataques en Estonia. JENIK, A., «Cyberwar in Estonia and the Middle East...», *op. cit.*, p. 1.

mensaje ideológico, de lucha política y defensa de ideas generalmente relacionadas con la libertad en Internet²⁶², aunque teniendo cabida cualesquiera otras convicciones ideológicas.

Al fin y al cabo, y como señaló Alexandra Samuel, el *hacktivismo*, matrimonio del activismo político con la *hacking* informático, conlleva la búsqueda de soluciones en la tecnología, en general, y en Internet en particular a problemas sociales o políticos²⁶³. Esta mezcla entre la consecución de objetivos políticos fuera de la Red y la propia Internet como objetivo político principal del *hacktivismo* se muestra en el desarrollo de los primeros grupos *hacktivistas*, The Cult of the Dead Cow, y Electronic Disturbance Theater (EDT), el primero centrado esencialmente en la neutralidad en la Red y el segundo que utilizaba Internet para realizar acciones de desobediencia civil electrónica dirigidas contra el gobierno de México como forma de apoyo a los grupos zapatistas²⁶⁴. A partir de ahí el *hacktivismo* ha sido de muchos tipos y en muchos lugares, si bien como se verá al hablar de Anonymous más adelante, ha seguido manteniendo una mezcla entre la defensa de la filosofía libertaria de Internet y la búsqueda de que la misma, en lo que a juicio de los *hacktivistas* conlleva de defensa de la libertad, se expandiera al espacio físico.

Como ha señalado Jordan, además de los propios ataques *hackers* realizados para demostrar la capacidad individual de superar barreras de seguridad, en la actualidad hay activistas *hackers* que han convertido sus intrusiones en sistemas y redes en una actividad política dirigida contra los sectores de la industria y los estados que tratan de controlar el ciberespacio²⁶⁵. Y ésa es la característica esencial del *hacktivismo*: frente a los *hackers* de primera, segunda y tercera generación en los que el fin político no existía, era más bien indirecto, o estaba muy localizado, hay en la actualidad un grupo de *hackers* para los que la política es la auténtica razón de ser de su actividad²⁶⁶.

El *hacktivismo* o ciberactivismo político se puede manifestar en ataques de distinto tipo, como ha señalado Alleyne: desde ataques de denegación de servicio contra páginas web, hasta la entrada ilícita en webs ajenas para cambiar el contenido público de las mismas y adecuarlo a sus mensajes, pasando por la difusión libre de *software* que permita la realización de estos ataques

²⁶² ALLEYNE, B., «Sociology of Hackers Revisited», en *TSR*, vol. 58, 2010, pp. 1-35. Señala el autor que en el caso de los *hacktivists* la, cuanto menos en lo ideal, barrera entre *hackers* clandestinos (*black hat* o aquí denominados *crackers*) y abiertos (*white hat*) se diluye significativamente, dado que si bien no actúan con un propósito criminal en su propio beneficio, tampoco se puede decir que los *hacktivistas* estén en el plano de la legalidad.

²⁶³ SAMUEL, A. W., *Hactivism and the Future...*, *op. cit.*, citada por FITRI, N., «Democracy Discourses through the Internet Communication: Understanding the Hacktivism for the Global Changing», en *OJCMT*, vol. 1, núm. 2, abril de 2011, p. 8.

²⁶⁴ FITRI, N., «Democracy Discourses through the Internet...», *op. cit.*, p. 10.

²⁶⁵ JORDAN, T., *Hactivism and Cyberwars: Rebels with a Cause?*, London, Routledge, 2004.

²⁶⁶ TAYLOR, P. A., «From hackers to hacktivists: speed bumps on the global superhighway?», en *NMS*, vol. 7, núm. 5, 2005, pp. 626 y ss.

por otros usuarios, e incluso, aprovechando la web 2.0 para la creación de blogs y webs o de grupos en las redes sociales más importantes en los que se informa de los objetivos políticos-ideológicos del *hacktivismo*, se organizan protestas y acciones y se definen los objetivos que se deben combatir²⁶⁷.

En realidad y como se puede ver en el siguiente gráfico, el *hacktivismo* no hace más que aplicar en el ciberespacio algunas de las técnicas tradicionales utilizadas para el activismo político callejero²⁶⁸:

Tabla 2.6. Técnicas de *hacktivismo*. Elaboración propia.

<i>Civil disobedience</i>	<i>Hactivism</i>
<i>Sit-ins</i>	<i>Web site defacements</i>
<i>Barricades</i>	<i>Web site redirects</i>
<i>Political graffiti</i>	<i>Site parodies</i>
<i>Wildcat strikes</i>	<i>DoS attacks</i>
<i>Underground presses</i>	<i>Information theft</i>
<i>Political theater</i>	<i>Virtual sit-ins</i>
<i>Sabotage</i>	<i>Virtual sabotage</i>
	<i>Software development</i>

Todas estas actividades se llevan a cabo, como se verá posteriormente con más profundidad, por grupos semiorganizados: pequeños grupos que lideran concretas incitativas y que permiten sumarse a quienes quieran otros *hackers* que compartan objetivos. En este sentido, y con ese único paralelismo, el *hacktivismo* se asemeja al ciberterrorismo de grupos como Al Qaeda: no hay una dirección jerárquica que defina las acciones de los *hackers* a nivel mundial, pero sí una filosofía política o ideológica común que une a todos aquellos que, desde cualquier parte del mundo, pretenden combatir el intento de la industria y de los estados por controlar Internet²⁶⁹.

²⁶⁷ ALLEYNE, B., «Sociology of Hackers Revisited...», *op. cit.*, p. 10.

²⁶⁸ FITRI, N., «Democracy Discourses through the Internet...», *op. cit.*, p. 13.

²⁶⁹ Lo cual no significa que no haya grupos concretos y más o menos amplios de ciberactivistas que funcionen de forma más o menos coordinada y que puedan tener cierta estructura jerárquica interna. El caso más significativo de esto sería, sin lugar a dudas el del grupo Anonymous, sobre el que se tratará a continuación. Su similitud con las células del terrorismo insurgente de Al Qaeda es implícitamente reconocida por los propios miembros de Anonymous en una interesante entrevista en el diario *El País*: «Salvando las distancias, es como una organización insurgente basada en células, compartimos una marca, Anonymous, pero somos gente independiente, que responde a una ideología común y que participa de cada acción particular de acuerdo con si coincide o no con sus convicciones». *El País*, «Somos Anonymus», 16 de enero de 2011. En Internet, en http://elpais.com/diario/2011/01/16/domingo/1295153553_850215.html. Sobre esto se volverá posteriormente en cap. IV.2.2.

Ése es, por otra parte, el gran fondo ideológico del *hacktivismo*, el código *hacker* en su esencia²⁷⁰ y que se resume en la defensa de la libertad en, y la neutralidad de, Internet y en la lucha contra cualquier barrera que se pretenda imponer en el ciberespacio. Esto hace que los ciberactivistas hayan actuado contra el intento de algunos gobiernos por controlar Internet, contra las instituciones públicas y privadas que tratan de poner coto a la libre difusión de archivos en el ciberespacio. No obstante, es cierto que en algunos casos se ha ido más allá y los ataques de denegación de servicio han tenido que ver con otras cuestiones ideológicas lejanas de lo relacionado con Internet como las protestas estudiantiles en el Reino Unido, o en relación con la inmolación de un joven en Túnez a raíz de la crisis de gobierno que se produjo en enero de 2011 y que acabó con la huida del presidente de aquel país.

Evidentemente, en relación con el *hacktivismo*, y no sólo por estos comentados ataques de denegación de servicio perpetrados por el grupo Anonymous ante la persecución de Assange por parte de Estados Unidos, está el fenómeno Wikileaks, la página web que después de haber publicado antes información confidencial y haber desvelado las torturas de Abu Graib, saltó a la fama mundial el 28 de noviembre de 2010 al comenzar a publicar parte de más de 250.000 cables enviados por 274 embajadas de Estados Unidos al gobierno y en los que se informaba de secretos de política estadounidense así como de la visión de las embajadas de Estados y dirigentes de todo el mundo. De nuevo debemos matizar que por situarlo en esta categoría de la cibercriminalidad política no estamos afirmando que se trate de un comportamiento delictivo. Sólo sería así si se demostrase que la información publicada por esta página de Internet ha sido obtenida ilegalmente. Wikileaks, en todo caso, y por eso nos interesa aquí, muestra como pocos fenómenos la capacidad del ciberespacio para transformar determinados aspectos de la realidad social, en este caso el periodismo y el funcionamiento de la difusión de información política entre distintos organismos de los Estados, así como el enorme poder y capacidad disruptiva que tiene la información en el ciberespacio.

Como decía, el fenómeno Wikileaks no puede desligarse de la ética *hacker* y del *hacktivismo* pese a que la imagen pública de Julian Assange haya hecho que parezca el proyecto de una única persona²⁷¹. De hecho el que está considerado su lema o principio fundacional, «la información quiere ser libre», no es más que parte de la declaración de la ética *hacker* junto con otras ideas esenciales relacionadas con Wikileaks como la voluntad de mantener Internet libre de censura²⁷². Además de los propios ataques de denegación

²⁷⁰ Véase *infra* cuando analicemos el código *hacker*.

²⁷¹ NAYAR, P. K., «WikiLeaks, the New Information Cultures and Digital Parrhesia», en *Economic & Political Weekly*, núm. 52, 25 de diciembre de 2010, pp. 1 y ss.

²⁷² Véase por ejemplo la declaración *hacktivista* de *The Cult of the Dead Cow* (CDC) en http://www.cultdeadcow.com/cDc_files/HacktivismoFAQ.html.

de servicio que pueden venir ligados o no a este fenómeno²⁷³, Wikileaks demuestra que el *hacktivismo* también se puede llevar a cabo de muchas otras formas, por ejemplo, mediante la difusión de información en páginas web que puede ser más destructiva para algunos Estados que cualquier ataque de DDoS.

En todo caso, conviene matizar que la utilización de Internet con fines de divulgación política e ideológica no siempre, sino más bien excepcionalmente, se situará en el marco conceptual del cibercrimen. El activismo político en el ciberespacio es tan legítimo como fuera de él, si bien lo que sucede es que los Estados están mucho más preocupados y por tanto tentados de regular legalmente más allá de lo que permitiría el libre ejercicio de la expresión en un Estado democrático, por el inmenso poder de difusión de mensajes e ideas y de convocatoria de manifestaciones y reuniones que tiene el ciberespacio, que lo que estaban antes de su existencia. Así, sucesos como la Primavera árabe o las protestas del 11-M y Occupy Wall Street, no tratándose de cibercriminalidad, son *hacktivismo* que empieza en el ciberespacio y termina en las calles con miles de personas unidas gracias a las inmensas posibilidades que ofrece Internet.

²⁷³ Hay que recordar que en el caso de Wikileaks no fue el grupo Anonymous el primero en realizar el ataque de DDoS, sino que la propia web de Wikileaks sufrió varios ataques de ese tipo. PRAS, A.; SPEROTTO, A.; MOURA, G. C.; DRAGO, I.; BARBOSA, R.; SADRE, R.; SCHMIDT, R., y HOFSTEDE, R., «Attacks by “Anonymous” WikiLeaks Proponents not Anonymous», *CTIT Technical Report 10.41*, 10 de diciembre de 2010. En Internet, en <http://eprints.eemcs.utwente.nl/19151/>, pp. 1 y ss. Ésa sería, al fin y al cabo, otra forma de cibercriminalidad política: una ciberguerra de ataques de denegación de servicio entre partidarios y enemigos de una determinada concepción ideológica de la Red.

QUINTA LECTURA

García Guilabert, N. (2017). *El ciberespacio como nuevo ámbito de comunicación y oportunidad delictiva..* García Guilabert, N. El ciberacoso . Anàlisis de la victimización de menores en el ciberespacio desde la Teoría de las actividades cotidianas. Buenos Aires, Argentina. EDISOFER y B de F editorial, pp. 7-42.

Son muchos términos que la comunidad científica ha empleado para referirse a la criminalidad relacionada con el uso de las TIC. Todos ellos tienen en común que ponen el acento en el papel que juega la tecnología en la comisión de delitos, y a pesar de que cada uno de ellos no tiene estrictamente un sentido idéntico, se han venido sustituyendo paulatinamente por el de “cibercrimen”.

NATALIA GARCÍA GUILABERT
Profesora Asociada de Criminología
Universidad de Murcia

EL CIBERACOSO

*Análisis de la victimización de menores
en el ciberespacio desde la
Teoría de las actividades cotidianas*

Prólogo de
FERNANDO MIRÓ LLINARES



2017



CAPITULO I

EL CIBERESPACIO COMO NUEVO ÁMBITO DE COMUNICACIÓN Y OPORTUNIDAD DELICTIVA

"We live in a society exquisitely dependent on science and technology, in which hardly anyone knows anything about science and technology".

(Carl Sagan, 2006)

1. EL CRIMEN EN EL CIBERESPACIO: EL CIBERCRIMEN

Son muchos los términos que la comunidad científica ha empleado para referirse a la criminalidad relacionada con el uso de las TIC: "delincuencia informática", "*virtual criminality*", "*computer crime*", "*e-crime*", "*crime online*", "*computer-related*", "*high-tech crime*", "*digital crime*", "*Internet crime*", entre otros¹. Todos ellos tienen en común que ponen el acento en el papel que juega la tecnología en la comisión de delitos (Clough, 2011), y a pesar de que cada uno de ellos no tienen estrictamente un sentido idéntico, se han venido sustituyendo paulatinamente por el de "cibercrimen" (en inglés *cybercrime*), probablemente, como ha apuntado Miró

¹ Así, el término "delincuencia informática" es empleado en la obra de ROMEO CASABONA, "El poder informático y seguridad jurídica", 1988, o en la dirigida por DE LA CUESTA, "Derecho penal informático", 2010. Asimismo, la locución "*virtual criminality*" es utilizada en el trabajo de Grabosky (2001), mientras que la expresión "*computer crime*" es la utilizada en el estudio de Bregant y Bregant (2014) y en el de Choi (2008). Chiu, Chun y Wang (2009) usan el término "*e-crime*", mientras que Jewkes (2013) emplea en su trabajo la expresión "*crime online*". Grabosky (2007) maneja el término "*computer-related*"; la expresión "*digital crime*" es la utilizada por Taylor (2006); mientras que en su obra con Taylor y Quayle (2003) se inclinó por la locución "*Internet crime*". A esta diversidad de términos empleados se refiere también Clough (2011).

(2012), porque éste expresa con más precisión la relación con el ámbito nuevo de intercomunicación personal que es Internet.

El término “cibercrimen” (también, como sinónimo de “cibercriminalidad”²) es ampliamente utilizado hoy en día para describir los delitos o daños que resultan de las oportunidades creadas por las tecnologías en red (Wall, 2008). El origen de este término se debe en gran medida a los medios de comunicación (Wall, 2001) y surge de la unión de dos conceptos: “ciberespacio” y “crimen”. El término “ciberespacio” (en inglés “*cyberspace*”) fue creado por William Gibson en su obra *Neuromancer* en 1984, y significa algo más que la información digital y la unión entre sistemas informáticos. En palabras de Kuehl (2009), es “el conjunto de un dominio global dentro del entorno de la información cuyo carácter único y distintivo viene dado por el uso de la electrónica y el espectro electromagnético para crear, almacenar, modificar, intercambiar y explotar información a través de redes interdependientes e interconectadas utilizando las tecnologías de información y comunicación” (p. 29).

Yar (2006) ha definido el cibercrimen como “aquel delito cuya característica esencial es el rol central que las TIC juegan en su comisión” (p. 9). En sentido similar, se refiere Jewkes (2006) con este término a “cualquier acto ilegal cometido por medio de (o con asistencia de) sistemas informáticos, redes digitales, Internet y demás TIC” (p. 106). Estas definiciones vienen a incluir tanto los delitos nuevos surgidos a la luz de la creación del ciberespacio y de la aparición de diferentes intereses sociales, que también pueden ser dañados o afectados por conductas realizadas en el seno de Internet, como aquellos otros delitos que

² Explica Miró (2012) que el término “cibercriminalidad” puede ser usado como sinónimo de “cibercrimen”. Habrá ocasiones en que ambos términos se refieran a cuestiones distintas y, en este sentido, la locución “cibercriminalidad” puede ser usada para hacer referencia a la criminalidad cometida en el ciberespacio, es decir, englobando todos los cibercrímenes, mientras que el término “cibercrimen”, podría ser empleado para situar dentro del fenómeno de la criminalidad un crimen en concreto. Sin embargo, en muchas ocasiones, el término “cibercrimen” se usa para hacer referencia a todos los comportamientos que reúnen las características tipológicas que conforman el fenómeno y, por tanto, es usado como sinónimo de cibercriminalidad.

tienen un referente tradicional y clásico en el espacio físico, pero que ahora también se cometen en este nuevo lugar o ámbito de intercomunicación personal configurado por el uso de las TIC, que es Internet (Miró, 2012). Por otra parte, el término “ciber-crimen” permite recoger en su seno todos los delitos que hasta ahora se conocen realizados en el ciberespacio, así como los que surjan de las diferentes evoluciones de las TIC que aparezcan en el futuro. La cibercriminalidad ha ido mutando y evolucionando de manera paralela a los usuarios del ciberespacio y sus tecnologías asociadas, y lo seguirá haciendo en la medida en que evolucione la tecnología y su uso (Clough, 2011). Como explica Miró (2012), la primera generación de la cibercriminalidad estaba caracterizada por el uso de los sistemas informáticos para la comisión de los delitos. Crímenes prototípicos de esta primera era podrían ser el robo de información, los daños o sabotajes informáticos y otras infracciones en las que se utilizaban las tecnologías de la información esencialmente como objeto de ataque. A ella le siguió una segunda generación, en que la nota característica era que el delito se cometía a través de Internet, pudiendo citarse como referencia esencial en este sentido los delitos de distribución de pornografía infantil (Morillas, 2005) o los delitos contra la propiedad intelectual (Miró, 2005), todos los cuales se caracterizaban por el medio de comisión delictiva, y en particular por la nueva dimensión que dichas conductas alcanzaban frente a las formas de ejecución de las mismas en el espacio físico, al perpetrarse ahora en una red transnacional y popularizada con tanta capacidad para dañar intereses sociales y personales, como lo es el ciberespacio.

En realidad, la tercera generación de ciberdelincuencia no parece diferir mucho de la anterior, dado que el elemento que une a todas las modalidades de comportamiento delictivo que integramos dentro del concepto de cibercriminalidad es, básicamente, el medio en que las mismas se realizan. Pero, de algún modo, el medio ha cambiado, Internet ya no es lo que fue al principio. En la segunda generación de lo que hemos llamado ciberdelincuencia, Internet recién había nacido, y se configuraba como un extraordinario medio para la difusión de información que, básicamente, tenía un valor económico o informacional. Esto sigue siendo así. Pero la web 2.0 ha revolucionado Internet hasta convertirlo en un nuevo ámbito de relaciones sociales y personales inimaginable hace quince o veinte años. Ahora Inter-

net no sólo sirve para difundir información, para transmitirla e intercambiarla, sino que más bien es un lugar en el que se puede estar, socializar, relacionarse y contactar con miles de personas. Y ésa es la matriz de la tercera generación de ciberdelitos: el ámbito de intercomunicación personal que constituye Internet. Así, y aunque sobre ello se volverá después, delitos prototípicos de esta tercera generación de cibercriminalidad serían las diferentes formas de ciberacoso no sexual, incluyendo el *cyberbullying* o acoso continuado entre menores y en el ámbito escolar, y las diferentes formas de *harassment* o conductas concretas de acoso individualizado realizadas por medio del uso de las redes sociales y demás herramientas de intercomunicación personal que hay disponibles en la actualidad; y también las variadas modalidades de atentado sexual realizadas a través de Internet, entre las cuales destaca el *child grooming* o acoso a menores realizado como acto preparatorio inicial previo a un abuso sexual.

2. SOBRE LA SISTEMATIZACIÓN DE LAS DISTINTAS TIPOLOGÍAS DE CIBERCRIMEN

Internet y las TIC están en permanente evolución. Cada día se generan nuevas tecnologías y con ellas también nuevas formas de comportarnos en Internet. Ha cambiado, y seguirá cambiando, la forma de comprar, realizar transacciones económicas, estudiar, comunicarse con otras personas, etc. Y ha cambiado también, como no podía ser de otro modo, la forma de cometer crímenes. En la actualidad existen muchas conductas criminales que se pueden llevar a cabo en el ciberespacio (Morillas Cueva, 2006, 2008), condición que es la esencial y básica para que un crimen integre esta macrocategoría denominada cibercriminalidad. La extraordinaria amplitud, pues, del concepto de referencia, y la previsión, totalmente coherente con la evolución cambiante de las TIC, de que sigan surgiendo irremediablemente diferentes tipologías de ciberdelitos, es lo que hace necesario establecer sistemas para la clasificación de las distintas modalidades de conducta criminal en el ciberespacio que las categorice de un modo funcional adecuado, de forma que nos permita bien comprender el fenómeno, bien discriminar sus distintos efectos, o bien definir estrategias diferenciadas de prevención.

Como es por todos sabido, son muchísimas las distintas clasificaciones propuestas para los diferentes tipos de cibercrimen. Podría decirse incluso que cada autor que analiza el fenómeno

trata de aportar una o más clasificaciones de cibercriminalidad, diferenciándose del resto de autores que han abordado el delito cometido en Internet. Entre las distintas propuestas que se han realizado hasta el momento, para ordenar y clasificar los cibercrímenes, se puede distinguir entre aquellas que lo hacen desde una perspectiva legal, las que atienden a la relevancia que tienen las TIC en la comisión delictiva, y las que se basan en la intencionalidad del agresor. A los efectos de este trabajo, y dado el planteamiento puramente criminológico del mismo, nos interesan especialmente estas dos últimas sistemáticas clasificatorias. Aun así, y en aras de comprender los intereses sociales puestos en riesgo en el ciberespacio, realizaremos un breve repaso por algunas significativas clasificaciones jurídico-legales.

Desde una perspectiva legal, aunque con claras connotaciones fenomenológicas, Furnell (2003) distingue entre los delitos asistidos por el ordenador (*computer-assisted crimes*) y en los que el ordenador es el objetivo (*computer-focused crimes*). Los primeros serían aquellos que utilizan los sistemas informáticos como herramientas para cometer los delitos, como el blanqueo de capitales, el fraude, el acoso sexual, la pornografía, etc. Los segundos tienen como objetivo los sistemas informáticos y las redes y, como condición esencial, que no podrían existir sin la creación de Internet, como por ejemplo, los ataques de *hacking*, *malware*, denegación de servicios, etc. Esta clasificación propuesta por Furnell (2003) encaja a la perfección dentro de lo que Morillas (2005) categorizó como "postura intermedia" en su macroclasificación sobre las distintas conceptualizaciones de "delincuencia informática", pues distingue entre ordenadores usados para cometer el delito y aquellos que son empleados como objeto sobre los que recae el mismo.

Distinta es la clasificación elaborada por Wall (2001), donde, también desde una óptica legal, distingue cuatro categorías de cibercrímenes:

- *Cyber-trespass*: hace referencia al acceso no autorizado a sistemas informáticos, donde imperan los derechos establecidos por el propio titular. Quedan incluidos en esta categoría el *hacking*, infecciones de *malware*, etc.

- *Cyber-deceptions/thefts*: en esta categoría se incluyen todos los ataques codiciosos y que engloban diferentes formas de fraude en el ciberespacio, como por ejemplo, los fraudes con tarjetas de crédito.

- *Cyber-pornography/obscenity*: abarca todas las infracciones penales relacionadas con la publicación o comercio con material sexual explícito en el ciberespacio.

- *Cyber-violence*: incluye dentro de esta categoría todas las actividades individuales o grupales, que tienen como objetivo el daño psicológico o la incitación al daño físico contra otros. Entre ellas, se pueden incluir conductas como las de *cyberstalking*, *cyberbullying*, *hate speech*, etc.

En España, aunque no existe propiamente una categoría de delitos informáticos en el Código Penal (Olmedo, 2008), sí se han realizado categorizaciones de estos delitos, aunque para una mejor comprensión de las mismas se debe tener en cuenta, sin embargo, el momento en que se realizaron éstas, así como la influencia germánica en el Derecho penal español y, en concreto, la influencia de los trabajos de Ulrich Sieber bajo la conceptualización más tradicional de “delitos informáticos”³. Así, es clásica la distinción que hace Romeo Casabona (1988) entre el fraude informático, las manipulaciones en cajeros automáticos mediante tarjetas provistas de banda magnética, y las agresiones a los sistemas o elementos informáticos, dentro de las cuales incluye el sabotaje informático y las agresiones al soporte material, y la sustracción o copia de bases de datos o de programas, cuyos principales tipos son el espionaje informático y la piratería de programas. En el mismo sentido, González Rus (1999) diferencia las conductas de sabotaje informático, acceso ilícito a sistemas informáticos, piratería de programas de ordenador (las relativas a la propiedad intelectual) y la utilización ilegítima de sistemas o elementos informáticos.

Otra forma de categorizar los delitos, en la que se ha trabajado ampliamente, es la que atiende al papel que cumplen las TIC en la producción de los cibercrímenes. Así, Clough (2011) propone tres categorías de delitos:

³ Sieber (1980) incluyó dentro del grupo de delitos informáticos: 1) fraude por manipulación informática o fraude informático; 2) sabotaje informático; 3) acceso no autorizado; 4) sustracción de servicios; 5) delitos económicos tradicionales asistidos por sistemas informáticos, y 6) espionaje informático. Más reciente es la clasificación en la que propone distinguir entre: 1. infracciones a la intimidad; 2. delitos económicos; 3. contenidos ilegales y nocivos, y 4. otros delitos que deriven del uso de la informática (SIEBER, 1998).

- Delitos en los que el ordenador o la red es el objetivo, como ocurre, por ejemplo, en el *hacking*, el *malware*, o los ataques de denegación de servicios.

- Delitos en los que el ordenador es la herramienta empleada para cometer el delito, como sucede en la pornografía infantil, el acoso, el fraude, etc.

- Delitos en los que el uso de los sistemas informáticos es un aspecto incidental de la comisión del delito, pero que pueden ayudar a ofrecer evidencias del mismo, como ocurre en el caso de los mensajes de texto que se recuperan del móvil de una víctima de asesinato.

Respecto a esta última categoría descrita por Clough, otros autores consideran que no debería ser incluida como cibercrimen (Miró, 2012)⁴. Mientras que, por su parte, Bregant y Bregant (2014) consideran que a las dos primeras categorías habría que añadir una tercera que hace referencia a la publicación de contenidos ilegales mediante sistemas electrónicos, y que se caracterizaría por la transmisión y difusión de pornografía infantil, difusión de mensajes de odio racial, piratería intelectual, etc.

Además de la anteriormente expuesta, Wall (2005) propone otra clasificación, esta vez desde una perspectiva fenomenológica, en la que distingue tres tipos de cibercrímenes:

- *Computer integrity crimes*: esta categoría engloba a todos aquellos delitos en los que se atenta contra la integridad de una red o de un sistema. Esto es lo que ocurre en el caso del *hacking*, de la denegación de servicios, del cibervandalismo, etc.

- *Computer related crimes*: dentro de esta categoría se incluyen todos los delitos que usan la tecnología para engañar a las víctimas con intenciones ilícitas (ciberfraude, *phishing*, etc.).

- *Computer content crimes*: esta última clase de cibercrímenes comprenden todos aquellos delitos relacionados con la difusión de contenidos, como la publicación de mensajes de odio racial, material pornográfico, piratería, etc.

⁴ Como apunta Miró (2012), "para que estemos ante un cibercrimen no bastará con que se utilicen las TIC para realizar el comportamiento criminal, sino que se exigirá que tal uso tenga que ver con algún elemento esencial del delito" (p. 41).

Otra clasificación distinta a las enunciadas, y que también está basada en la importancia de las TIC, es la que propone Miró (2012). El autor distingue entre los ataques que sólo se pueden realizar a través de las TIC, los ataques tradicionales que ahora también se pueden realizar a través de las TIC y los ataques que, aun no siendo nuevos, deben ser incluidos en una categoría distinta por la problemática que presenta en su tratamiento. Así, distingue entre:

- Ciberataques puros⁵: en esta categoría se incluyen los delitos que únicamente se pueden cometer en el ciberespacio, y para los que las TIC se han convertido en un generador de delitos, como el *hacking*, el *cracking*, el envío de *malware*, el *spam*, los ataques de denegación de servicios, etc.
- Ciberataques réplica: esta categoría engloba delitos tradicionales que ahora también se cometen en el ciberespacio. Por lo tanto, para este grupo de delitos el ciberespacio se ha convertido en un lugar nuevo donde llevar a cabo delitos como el fraude, el acoso, el espionaje, etc.
- Ciberataques de contenido: esta categoría incluye conductas ilícitas de difusión, o de acceso a información ilícita o socialmente peligrosa, como la pornografía infantil, la difusión de odio racial o la ciberpiratería intelectual, entre otros. En realidad, es una forma concreta de ataques “réplica”, pero que merece ser englobada en otra categoría por ser el ciberespacio un sistema que facilita enormemente la difusión de contenidos, lo que plantea problemáticas jurídicas especiales⁶.

⁵ Similar diferencia realiza Pi (2008), al distinguir entre *pure computer crimes*, para referirse a los delitos cuyo objetivo son los sistemas informáticos y las redes, y *computer-related conventional crimes* para los crímenes que usan los ordenadores y las redes para cometer crímenes convencionales.

⁶ Trabajos como el de Miró (2016a,c) ponen de manifiesto la relevancia de las TIC, especialmente las herramientas de comunicación libres y accesibles para todos los usuarios como es Twitter, que facilitan enormemente el desarrollo de discursos violentos y de odio, y la complejidad que supone entender cómo se producen para establecer, con posterioridad, mecanismos adecuados para su prevención. Comportamientos que cada vez son más habituales en la red y que, sin duda, requieren un análisis complejo y profundo para determinar los límites de su criminalización (Miró, 2015b).

Finalmente, se distingue una tercera forma de clasificación que ya no atiende a una sistematización legal, ni al papel que juegan las TIC en la producción de actividades ilícitas, sino a la intencionalidad con que el agresor lleva a cabo los ataques. En este sentido, Miró (2012) distingue entre los que tienen una finalidad económica, los que tienen una finalidad social y los que tienen una finalidad política.

- **Cibercrímenes económicos**⁷: en esta categoría se incluyen los delitos cuya finalidad es tener un beneficio patrimonial directo o indirecto. En este sentido, no sólo se incluyen los que directamente afectan al patrimonio de las personas, sino también los que afectan otros bienes, como la intimidad, la seguridad de los sistemas, etc., pero cuyo objetivo final es la obtención de un beneficio patrimonial. Así, distingue dos tipos de cibercrímenes económicos, los mediales o instrumentales, y los económicos en sentido estricto. Los primeros serían todos aquellos ataques que son un paso previo para cometer los segundos, y que –en muchos casos– son necesarios para poder llevarlos a cabo. Sirva el *hacking* como ejemplo de ello, pues permite acceder al sistema informático donde encontrar la información bancaria necesaria para cometer el delito de fraude.

- **Cibercrímenes sociales**: esta categoría tiene que ver con la comunicación de las personas a través de Internet, es decir, se relaciona con la parte “social” del ciberespacio. Y es que el desarrollo de las TIC ha permitido no sólo un cambio en la comunicación social, sino que también ha abierto la posibilidad de atacar todas las esferas privadas de un usuario de Internet, así como otros ámbitos personales. Por ello, Miró habla de cibercriminalidad social o personal, porque si bien son principalmente, y desde una perspectiva jurídica, intereses personales individuales los

⁷ Otra clasificación interesante para distinguir los cibercrímenes relacionados con el plano económico es la propuesta de Nir Kshetri (2011), que distingue entre *predatory cybercrimes* y *market-based cybercrimes*. La primera categoría incluye los delitos que dañan o toman los bienes de otra persona, como por ejemplo ocurre en el ciberfraude. Este autor considera que este tipo de delitos, simplemente, redistribuyen la riqueza, frente a los del segundo tipo, que la genera. En esta segunda categoría se incluye, por ejemplo, las ganancias surgidas de la venta de drogas o de la venta de la información de tarjetas de crédito robadas.

que se verían generalmente lesionados al realizarse este tipo de actividades delictivas, el ámbito de comunicación en el que ello se produce es el de las relaciones sociales. Por tanto, quedan incluidas dentro de esta categoría formas de criminalidad como el *cyberstalking*, el *cyberbullying*, el *online grooming*, etc.

• **Cibercrímenes políticos:** esta última categoría engloba todos los actos ilícitos relacionados con la lucha ideológica o política. Internet es un medio poderoso de comunicación y, por lo tanto, puede ser utilizado para la captación ideológica, para atacar a Estados e instituciones, o para la comunicación entre individuos separados geográficamente pero unidos por un mismo fin político o ideológico.

La particularidad de esta forma de clasificación es que permite que un tipo de ataque, que puede realizarse con intenciones distintas, pueda ser clasificado de acuerdo a la intención y no al tipo. Un claro ejemplo se encuentra en el *hacking*, que puede ser clasificado como ataque económico, cuando el propósito sea acceder sin autorización a un sistema informático para obtener datos bancarios con los que posteriormente realizar un ciberfraude. Sin embargo, el acceso sin autorización será categorizado como un ataque político cuando la intención sea acceder a los sistemas de un Estado para obtener información o para inutilizar el sistema. Y, finalmente, también podrá ser considerado un ciberataque social cuando el propósito del ataque sea vulnerar la privacidad de una persona concreta.

Todas las definiciones propuestas son útiles para sistematizar las diferentes formas de cibercrímenes. De hecho, pueden ser perfectamente compatibles entre sí⁸. Sin embargo, a los efectos del presente trabajo, se va a tener especial consideración por la última forma de clasificación, pues desde una perspectiva criminológica hace hincapié en la intención del agresor y en el objetivo. Y dado que el presente trabajo está centrado en unos ataques muy concretos, donde el propósito del que los realiza es dañar, humillar, atormentar, etc., a una persona concreta, parece más acertado adoptar esta última postura. Por último, y

⁸ Véase el ejemplo que propone Miró (2012) en su trabajo *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, p. 50, cuando elabora un cuadro uniendo la clasificación atendiendo a la relevancia de las TIC y la intencionalidad del agresor.

sobre todo, debido a que las conductas concretas que se analizan pueden no tener relevancia desde un punto de vista jurídico, ésta es la clasificación que más interesa. Así, las siguientes líneas están destinadas a hacer un análisis detallado de qué se entiende por cibercriminalidad social y qué conductas, desde una perspectiva criminológica, abarca esta categoría.

3. LA CIBERCRIMINALIDAD SOCIAL: LA DELINCUENCIA DE LA WEB 2.0

3.1. *Redes sociales y ámbitos de intercomunicación en el ciberespacio como potenciadores de la cibercriminalidad social*

Internet en general, y el uso de los teléfonos móviles en particular, son una parte integral de la vida social de las personas. El desarrollo de Internet, y especialmente la creación de herramientas de comunicación como las redes sociales, permite a los individuos estar en contacto con sus amistades las 24 horas sin necesidad de estar físicamente en el mismo lugar. También permite compartir en tiempo real con otros usuarios situaciones, sentimientos, instantáneas, etc., con facilidad y a un coste muy bajo. Éstas y otras particularidades han hecho que Internet se haya convertido en el medio principal para la comunicación entre las personas. Sin embargo, compartir la vida privada a través de este medio lleva aparejada la exposición a numerosos riesgos que pueden tener un impacto negativo. Y es que todas las esferas personales que pueden ser puestas en peligro en el espacio físico, al relacionarse con los demás, lo están también en el ciberespacio. Y en la medida en que las personas vayan desarrollando su vida personal y social en el ciberespacio, también aumentará el número de comportamientos criminales que podrán sufrir.

La cibercriminalidad social es la que se produce en el plano de las relaciones personales entre usuarios que utilizan el ciberespacio para comunicarse entre sí, y eso es lo que hace que esa ciberdelincuencia tenga, al mismo tiempo, algunos caracteres "de novedad", y otros "de clasicidad". En efecto, la gran mayoría de los cibercrímenes sociales o personales que se perpetran no son más que, siguiendo la clasificación fenomenológica de Miró (2012), ciberataques réplica, esto es, copias en el ciberespacio de delitos que ya existían anteriormente, pero que sólo se ejecutaban en el espacio físico. Las injurias, las calumnias, las amenazas, el acoso sexual y todo un conjunto de conductas que se pueden realizar sin que sea necesaria una cercanía físi-

ca entre agresor y víctima, también se pueden realizar cuando ésta existe. Lo único que cambia, por tanto, en estos delitos es que ahora se ejecutan a través de Internet. Y eso es lo que les confiere la "novedad". No tanto porque cambie la naturaleza "jurídica" o "etiológica" de estos crímenes, sino porque se realizan en un ámbito de oportunidad criminal distinto que requiere, para la prevención de estas conductas, estrategias diferentes que tengan en cuenta la transnacionalidad del fenómeno, la durabilidad de los ataques en el tiempo, y otros factores que luego se analizarán más pormenorizadamente.

Pero es indiscutible que la inmensa mayoría de estos ciber-crímenes sociales siguen siendo lo mismo que sus referentes en el espacio físico: una injuria a través de Internet es una injuria al fin y al cabo. A nadie escapa, en todo caso, que desde una perspectiva criminológica, como eventos sociales que pueden y deben ser prevenidos, su significado y caracteres son distintos.

Incluso algunos cibercrímenes sociales que parecen no tener referente en el mundo físico lo tienen, si bien lo que sucede es que tales conductas no merecían interés al perpetrarse en el ámbito tradicional de ejecución delictiva, y ahora, al ejecutarse en el ciberespacio, sí parecen tenerlo. Es lo que sucede, por ejemplo, con el *child grooming* o con el *cyberstalking*, comportamientos que se daban en el espacio físico pero que han adquirido mayor notoriedad e, incluso, han dado lugar en algunos países a propuestas de tipificación legislativa para la punición de tales conductas cuando se realizan en el ciberespacio. Esto podría dar lugar a una interesante reflexión sobre si es adecuada la tipificación de conductas sólo cuando se perpetran en Internet sin tener en cuenta que en el mundo físico tales conductas siguen existiendo y, en algunos casos, pueden conllevar mayor riesgo y, en cambio, siguen el régimen general jurídico. Ésta es, en todo caso, una reflexión que excede de los objetivos del presente trabajo.

3.2. Tipos de cibercriminalidad social

3.2.1. El ciberacoso sexual, el *grooming* y otras formas de ataque sexual en el ciberespacio

De todos los ataques que se pueden llevar a cabo en el ciberespacio contra los menores, los que pueden afectar a la indemnidad y la libertad sexual son los que crean más alarma

social. La unión de los prefijos *online* o *cyber* al término *grooming* (*online grooming* o *cybergrooming*) se emplea para hacer referencia a las conductas llevadas a cabo por un adulto en un contexto virtual para ganarse la confianza del menor y acceder a información esencial para la posterior agresión (Salter, 2003). No existe una única definición del término *grooming* e, incluso, se ha llegado a criticar su uso por centrarse en un determinado tipo de contacto sexual con niños (Eneman *et al.*, 2010). Pero, en términos generales, *grooming* hace referencia a los métodos usados por los agresores sexuales para establecer una relación de confianza con el menor (Hoff y Koops, 2011). Este término ha sido definido por Craven, Brown y Gilchrist (2006) como “un proceso por el cual una persona prepara a un niño y su entorno para el abuso. Los objetivos específicos incluyen tener acceso al niño, la satisfacción de las necesidades y el mantenimiento del secreto para evitar la divulgación. Este proceso sirve para fortalecer el patrón abusivo del agresor, ya que puede ser usado como un medio para justificar o negar sus actos” (p. 297).

La conducta de *grooming* es, en realidad, un largo proceso, que comienza con la elección, por el depredador sexual, de un lugar que sea atractivo para el menor o adolescente (Choo, 2009), como chats, redes sociales, etc. Esto, llevado al espacio físico, podría ser equiparado a los lugares que frecuentan los menores, como escuelas, parques, centros comerciales, etc. (Davidson *et al.*, 2011); sin embargo, el momento en que se inicia realmente la conducta es cuando el depredador sexual selecciona una víctima. Habitualmente, los agresores buscan víctimas más débiles, especialmente aquellas con vulnerabilidades relacionadas con la incomprensión familiar o social (McAlinden, 2006). Una vez seleccionado el menor objeto de ataque, se acerca a él, fingiendo ser atractivo para el mismo, haciéndole creer que comparten *hobbies* o que entiende su situación. En otras palabras, le presta un interés particular para que se sienta especial y comienza a ganarse su confianza (Choo, 2009), pudiendo de esta forma obtener información comprometida del menor y consiguiendo, por ejemplo, que se conecte a la *webcam* y pose semidesnudo, o le mande fotografías comprometidas. Esta información permite al agresor continuar con el acoso mediante la manipulación del menor, o la amenaza de difundir lo obtenido en Internet o a sus contactos personales (Pereda, Abad y Guilera, 2012).

Se trata pues de un proceso complejo, donde varía el tiempo necesario para la consecución de los fines (McAlinden, 2006), siendo difícil en muchos casos el establecimiento del momento en que comienza y termina el ataque (Gillespie, 2004), y donde –a menudo– el estilo empleado suele reflejar la personalidad y la conducta del infractor (Whittle *et al.*, 2013). Este proceso se puede aplicar tanto al mundo real como al virtual, aunque en este último varían sustancialmente las técnicas y las herramientas que puede emplear el agresor (Whittle *et al.*, 2013). En este sentido, Internet ha venido a facilitar el proceso, tanto en términos de ubicación geográfica⁹ como en velocidad de contacto y en número de potenciales víctimas (Davidson *et al.*, 2011).

Internet ha cambiado la forma de hacer *grooming*, pero también ha modificado el perfil del sujeto que lo hace (Young, 2005) y de la víctima que lo padece (Wolak *et al.*, 2008), como consecuencia del distinto ámbito en que esta conducta se realiza (Miró, 2012). Y es que en primer lugar debemos tener en cuenta que el agresor puede acceder a un mayor número de víctimas potenciales, pudiendo además realizar un estudio previo del perfil para seleccionar a las más vulnerables. En segundo lugar, aumenta el número de que potenciales abusadores sexuales lleguen a serlo porque Internet permite –por un lado– difuminar la percepción del riesgo a ser descubierto y, por el otro, vencer el aislamiento social. En consecuencia, a diferencia del abusador sexual clásico que suele llevar a cabo sus ataques contra niños como forma de autogratificación (debido a una necesidad de ejercer poder, por dominio, control o rabia, sin ser consciente en ningún momento del daño infligido), el ciberabusador lo es como consecuencia de sus fantasías sexuales, desórdenes psicológicos motivados por la necesidad de escapar de la soledad, dificultad en las relaciones personales, o su baja autoestima, pero es totalmente consciente del significado de su conducta y del daño que puede infligir.

El perfil de la víctima también cambia, puesto que los ciberagresores ya no buscan menores de doce años, sino que en general, prefieren mujeres adolescentes que ya hayan tenido expe-

⁹ Como se verá con detalle más adelante, Internet ha eliminado las barreras físicas de contacto entre los agresores potenciales y el resto de usuarios, aumentando así el número de posibles víctimas

riencias sexuales y/o estén dispuestas a tenerlas. En el 99% de los casos, las víctimas son menores entre 13 y 17 años, siendo un 48% de éstos el porcentaje de las agresiones que se llevan a cabo sobre menores de 13 y 14, mientras que el de las agresiones sobre menores de 15 a 17 años asciende a un 51%, quedando el 1% para víctimas de 12 años (Wolak *et al.*, 2008). De cara a la prevención, es necesario comprender que el acoso real comienza previo envío, por parte de la víctima, de información personal a personas desconocidas, actividad que se conoce como *sexting*. En efecto, una de las prácticas que se ha puesto de moda entre los adolescentes es el *sexting*, que consiste en la realización de imágenes propias de desnudos completos o de partes desnudas, y su envío a otros (Agustina, 2010). Los datos publicados por la Diputación Provincial de Alicante y el Centro Crimina (Miró, 2014a) informan que esta práctica la realiza el 8,5% de los adolescentes en el caso del envío de fotos, reduciéndose al 2% cuando se trata de vídeos. Los menores ignoran que este tipo de material puede ser difundido de manera muy fácil y ampliamente, de forma que el remitente inicial pierde totalmente el control sobre la difusión de estos contenidos de carácter sexual. Esta práctica¹⁰, junto a otros riesgos como publicar información personal, permite a los agresores estudiar los gustos de los usuarios, entretenimientos, dirección, nombre completo, etc., y así seleccionar a la potencial víctima, no sólo para los casos de acoso sexual, sino también para otras formas de delincuencia que afectan a la intimidad, como veremos a continuación (Miró, 2012).

3.2.2. *Bullying* y *stalking* como formas de acoso continuado en el ciberespacio

De todas las formas de agresiones que se pueden realizar contra un menor, probablemente sea el *bullying* la modalidad que más se haya estudiado. El *bullying*, conocido en España también como acoso escolar, comenzó a estudiarse en los años setenta y, desde entonces, unido al desarrollo de las TIC y en

¹⁰ Como ha señalado Agustina (2012), la práctica del *sexting* puede aumentar el riesgo de sufrir confusión, vergüenza, delitos privados, difamación, *bullying* o *cyberbullying*, acoso sexual, extorsión, *grooming*, coerción sexual, abuso sexual o violación *offline*, homicidio o suicidio.

especial a su popularización entre los jóvenes, se han desarrollado nuevas formas de acoso.

Se han elaborado muchas definiciones de *bullying*, pero la que mayor aceptación parece haber tenido es la propuesta por Dann Olweus (1993), quien considera que “un alumno es maltratado o victimizado cuando está expuesto repetidamente y a lo largo del tiempo a acciones negativas de otro o de un grupo de estudiantes” (p. 98). La aceptación de esta definición puede deberse a que reúne las tres características fundamentales que constituyen el *bullying*: intención de dañar a una persona, ser repetida en el tiempo¹¹ y existir un desequilibrio de poder real o imaginario entre el agresor (o agresores) y la víctima (Calmaestra, 2011). Pese a que parece existir acuerdo en la comunidad científica sobre estas tres características, también se ha discutido acerca de si se deben incluir otros elementos, como quién debe protagonizar la agresión, qué debe entenderse por “repetido en el tiempo”, qué formas de agresión deben incluirse (física, psicológica o verbal), la percepción de la víctima, o los efectos que tenga (Farrington, 1993; Ortega, Del Rey y Mora-Merchán, 2001).

Paralelamente a esta discusión, se ha visto cómo la popularización de Internet entre los menores ha hecho que también se haya convertido en el vehículo para cometer el daño intencional y repetido¹², conocido con el nombre de *cyberbullying*. Las tres características que conforman el *bullying* tradicional también son las que configuran el *cyberbullying*, pero incluyendo las TIC como característica esencial para su comisión (Wolak et al., 2007). Así, Smith et al. (2008) definen *cyberbullying* como “una acción agresiva e intencional, desarrollada por un grupo o un individuo, usando formas electrónicas de contacto, repetidas veces a lo largo del tiempo, contra una víctima que no puede defenderse fácilmente” (p. 376).

Es evidente que la diferencia más clara entre el *bullying* y el *cyberbullying* es el medio empleado para llevar a cabo el acoso sistemático. Y es que Internet proporciona diferentes herramien-

¹¹ Definen Smith y Sharps (1994) la conducta de *bullying* como el abuso sistemático de poder (p. 2).

¹² Patchin e Hinduja (2006) definen *cyberbullying* como el daño intencional y repetido, infligido a través del texto electrónico (p. 152).

tas para llevar a cabo la acción de maltrato, como el correo electrónico, la mensajería instantánea, las redes sociales, el teléfono móvil, etc. Belsey (2005) hace especial hincapié en las herramientas que pueden emplear los menores para realizar el acoso, cuando define el *cyberbullying* en estos términos: "*Cyberbullying involves the use of information and communication technologies such as e-mail, cell phone and pager text messages, instant messaging (IM), defamatory personal Web sites, and defamatory online personal polling Web sites, to support deliberate, repeated, and hostile behaviour by an individual or group, that is intended to harm others*". Pardo Albiach (2010), en cambio, opta por poner el acento en las formas concretas de acoso (atormentar, amenazar, acosar, humillar, avergonzar, etc.), afirmando que el *cyberbullying* se da cuando "un niño, adolescente o preadolescente es atormentado, amenazado, acosado, humillado y avergonzado por otra persona desde Internet, mediante medios interactivos, tecnologías digitales y teléfonos" (p. 56). Pese a esta diferencia, muchos autores se han planteado si es realmente el *cyberbullying* una extensión del fenómeno tradicional o, por el contrario, se trata de un fenómeno con entidad propia. En este sentido, Marco (2010) apunta que se trata de las mismas conductas de atormentar, amenazar, humillar, hostigar o molestar, pero a través de medios tecnológicos, como lo son Internet, el teléfono móvil, la videoconsola o cualquier otra tecnología de comunicación. Sin embargo, puntualiza este autor, ambos fenómenos responden a causas distintas y, por tanto, tienen consecuencias distintas. En sentido similar, Calmaestra (2011) entiende que es una nueva forma de *bullying* que implica el uso de teléfonos móviles, Internet u otras formas de TIC para acosar amenazar o intimidar deliberadamente y que, por lo tanto, debe mantener las mismas características que el *bullying* tradicional (intencionalidad, repetición y desequilibrio de poder), pero añadiendo ciertos matices que ofrecen las tecnologías de la información, como el anonimato, el carácter público de la agresión y que se pueda cometer en cualquier momento sin estar limitado físicamente al espacio escolar. En sentido contrario, señalan Pérez Martínez y Ortigosa Blanch (2010) que, a pesar de compartir características con el *bullying*, el *cyberbullying* tiene una autonomía propia, pues atiende a otras causas, se manifiesta de formas muy diversas y sus estrategias de abordaje y sus consecuencias también difieren. Una posición diferente a las anteriormente menciona-

das es la de aquellos que consideran, como Hernández Prados y Solano Fernández (2007), que realmente existen dos tipos de *cyberbullying*: “aquél que actúa como reforzador de un *bullying* ya emprendido, y aquella forma de acoso entre iguales a través de las TIC y sin que haya antecedentes previos” (p. 24).

Pero no es sólo el *cyberbullying* una de las formas de acoso continuado que se pueden dar en el ciberespacio. También encontramos el *cyberstalking*, cuya diferencia respecto al primero estriba en los protagonistas de la agresión. Así, estaremos ante un caso de *cyberbullying* cuando el autor que lo realice sea un menor (o varios menores) que dirige sus acciones a otro menor, tal y como plantea Marco (2010) al referirse al “acoso psicológico entre iguales” (p. 99). En cambio, estaremos ante un caso de *cyberstalking* cuando la agresión se produzca entre adultos (Miró, 2013b).

De las distintas definiciones *cyberstalking* observamos que en la actualidad se distinguen dos perspectivas: por un lado, las que se refieren al *stalking* pero trasladado al ciberespacio, y por el otro, las que lo definen como una suma de actos de *cyberharassment* (Miró, 2012). Dentro del primer grupo, debemos incluir a Basu y Jones (2007), que entienden por *cyberstalking* el “uso de Internet u otra tecnología de la comunicación para hostigar, perseguir o amenazar a alguien” (p. 13). En sentido similar, Pathé y Mullen (1997) lo definen como aquellos “comportamientos que un individuo inflige a otro repetidas y no deseadas intrusiones o comunicaciones” (p. 12). En el segundo grupo encajaría la definición propuesta por Bocij y McFarlane (2002), que lo conciben como “un grupo de comportamientos en los que una persona, grupo de personas u organización utilizan las tecnologías de la información y de las comunicaciones para acosar a otra persona, grupo de personas o una organización”. Son, por tanto, comportamientos que pueden incluir, aunque no están limitados sólo a éstos, la transmisión de amenazas y acusaciones falsas, daños a los datos o equipos, robo de identidad, robo de datos, “monitoreo” informático, la solicitud de sexo y cualquier otra forma de agresión. Por otro lado, Henson (2010) lo define como “cualquier tipo de conducta que utiliza dispositivos electrónicos de comunicaciones, a sabiendas y para cometer voluntariamente cualquiera de los siguientes actos en dos o más ocasiones, y sin ningún propósito legítimo: ponerse en contacto o intentar contactar con alguien después de haberle sido pedido esa persona que cesara en el contacto; acosar, atormentar

o atemorizar a alguien; robar o intentar robar la identidad de alguien o información acerca de esa persona para perjudicarla; hacer insinuaciones sexuales no deseadas o injustificadas hacia alguien, y amenazar con causar un daño físico a alguien" (p. 253).

Independientemente de los tipos de definiciones, parece existir un acuerdo en que tanto el *cyberstalking* como el *cyberbullying* son formas concretas de *cyberharassment*, que se diferencian de este último en el elemento continuidad (Cavezza y McEwan, 2014); entendiendo que el *cyberstalking*, a diferencia del *cyberharassment*, continúa durante un período más prolongado de tiempo. Esto se refleja claramente en el modo en que se evalúan estas conductas, que generalmente se refieren a acciones concretas de *harassment*. Otro método empleado, aunque con menor frecuencia, es definir previamente en qué consisten estas conductas dando ejemplos concretos y pudiendo responder por frecuencia de aparición en un determinado tiempo. Véase por ejemplo el cuestionario empleado en la tesis doctoral de Calmaestra (2011). En este sentido, Del Rey, Elipe y Ortega (2012), para el análisis del *cyberbullying*, preguntan en su estudio por tres tipos de conductas: robo de identidad, publicación de imágenes o videos en situaciones comprometidas o embarazosas, y abuso indirecto (extender rumores), pudiendo los encuestados contestar con qué frecuencia al mes les ocurría. Del mismo modo, Vandebosch y Van Cleemput (2009) preguntan por acciones concretas: entrar en el buzón del correo electrónico o en las cuentas de mensajería instantánea y cambiar la contraseña, enviar intencionalmente virus, entrar en el ordenador y robar información personal, enviar un número grande de correos a una persona para sobrecargarle el sistema, amenazar o insultar, excluir de un grupo, difundir información privada, entrar en el correo y enviar correos en su nombre, publicar o reenviar un correo con información confidencial y lanzar rumores.

Ejemplos similares de este tipo de estudios los podemos encontrar en el *cyberstalking*. En este sentido, Henson (2011) utiliza cuatro formas de *cyberharassment* para evaluar el *cyberstalking*, incluyendo como requisito la continuidad: recibir contacto no deseado en más de una ocasión cuando se le ha pedido que no lo hiciera; haber sido hostigado o molestado de forma persistente; haber recibido insinuaciones sexuales no deseadas en más de una ocasión y haber sido amenazado físicamente más de una vez. Un

método similar emplea Reyns (2010), quien considera víctima de *cyberstalking* a aquella persona que haya recibido contacto no deseado, haya sido molestado y hostigado, haya recibido propuestas sexuales no deseadas, o haya sido amenazada, pero todo ello siempre de manera continuada durante un período de tiempo.

Estos ejemplos ponen de manifiesto que tanto el *cyberbullying* como el *cyberstalking* pueden adoptar múltiples formas o, lo que es lo mismo, se pueden llevar a cabo mediante la realización de variadas formas de agresión. Dependerá de los protagonistas y de la continuidad de la agresión la calificación del comportamiento como *cyberbullying* o *cyberstalking*. Sin embargo, este último aspecto (la continuidad), que ya planteaba problemas en el espacio físico, los presenta en mayor grado en el ciberespacio. Advertía Olweus (1993) para la modalidad *offline* que, si bien es necesario que el daño sea repetido durante un período de tiempo, hay actos en los que, dada la gravedad que entrañan, es suficiente con que la víctima lo haya padecido en una ocasión. Lo mismo podría suceder con el *cyberbullying*, donde una única conducta puede generar efectos negativos graves; no obstante, esta cuestión plantea más dudas en la modalidad *online*, pues el ciberespacio presenta la especial capacidad de hacer perenne lo que en el espacio físico es caduco (Miró, 2011). Así, por ejemplo, el resultado de publicar un comentario o una foto con intención de humillar a una persona puede ser visto en múltiples ocasiones por personas distintas, por lo que un solo acto puede convertirse en una humillación continua (Calmaesta, 2011; Vandebosch y Van Cleemput, 2009). Por ello, será necesario reconsiderar el criterio de repetición en función de cada caso concreto y del tipo de agresión.

3.2.3. *Cyberharassment* o ataques individualizados de acoso en el ciberespacio

El término "*cyberharassment*", sinónimo de "*online harassment*", suele emplearse para referirse a actos concretos de acoso en el ciberespacio (Miró, 2012). Esta conducta ha sido definida por Finkelhor *et al.* (2000) como "las amenazas u otro tipo de comportamiento ofensivo (no sexual) con jóvenes vía *online* o la publicación *online* de información sobre un joven para que otros lo vean" (p.11). La diferencia con el *cyberbullying*, pues, estriba en que con el término *harassment* se hace refe-

rencia a las conductas individualizadas de acoso que pueden constituir, o no, parte de un *cyberbullying*. Es por ello que el *online harassment* adopta formas muy variadas: entre las conductas más habituales están las humillaciones frente a otros en la red, los mensajes amenazantes, la distribución de fotos trucadas o la suplantación de identidad. Sin embargo, éstas no son las únicas formas de acoso que se pueden ejercer a través de la red y, además, todo apunta a que seguirán expandiéndose en la medida en que vayan evolucionando las TIC (Cavezza y McEwan, 2014).

Entre todas las clasificaciones tipológicas relacionadas con el *harassment* que proponen los autores, podemos distinguir tres clases: aquellas que hacen distinción en función del medio empleado, las que se refieren expresamente al empleo de las herramientas que proporciona Internet, y las que aluden al tipo de comportamiento (Slonje *et al.*, 2013)¹³.

Las dos distinciones iniciales hacen referencia al medio, aludiendo la primera a un ámbito más general, distinguiendo así entre móvil e Internet, mientras que la segunda hace referencia a la herramienta concreta usada (redes sociales, chat, etc.). Así, podríamos hacer referencia a la mensajería instantánea (por ejemplo, WhatsApp o Line) en el caso del teléfono móvil, y el correo electrónico o las redes sociales en el caso de Internet. No obstante, con la nueva generación de teléfonos móviles que integran todas las aplicaciones de Internet (correo electrónico, redes sociales, etc.), es difícil distinguir entre móvil o Internet para realizar el acoso.

Siguiendo la línea de distinguir las conductas de acoso dependiendo de la herramienta, encontramos la propuesta de Smith *et al.* (2008), quienes distinguen siete tipos de conductas:

¹³ Avilés, Irurtia, García-López y Caballo (2011) realizan una propuesta interesante para distinguir los tipos de acoso, que aunque incluyen los casos de *bullying* tradicional puede servir para clasificar únicamente los ciberataques. Así, distinguen entre agresiones en función de la forma (agresiones que toman formas verbales, de exclusión social, de alto daño psicológico focalizadas en un aspecto concreto como racismo, homofobia, etc.); basado en el fondo (sobre las intenciones de los que actúan y los efectos que producen: exclusión, difamación, humillación, suplantación, chantaje, etc.); y en función del escenario (mensajería instantánea, correo electrónico, páginas web, blogs, redes sociales, etc.).

acoso telefónico, acoso a través de mensajes de texto, de fotografías y vídeos, de correos electrónicos, de sesiones de chat, de programas de mensajería instantánea y vía páginas web.

Sin embargo, más interesante resulta distinguir los tipos de conductas agresivas a partir de los comportamientos que pueden llevar a cabo los usuarios a través de Internet (por ejemplo: amenazas, insultos, exclusión, etc.). Y es que, en realidad, una misma acción dañina se puede realizar a través de diferentes herramientas sin que ello tenga mayor trascendencia con respecto a la conducta. Por ejemplo, una persona puede amenazar a otra a través de la mensajería instantánea o del correo electrónico, sin que deje de ser la misma acción, pues en ambos casos es una amenaza. Por tanto, lo importante no será tanto el medio, sino la acción y la repercusión que pueda tener para la persona.

En este sentido, Nocentini *et al.* (2010) distinguen cuatro tipos de acoso que se pueden realizar a través de las TIC:

- Los comportamientos escritos-verbales (*written-verbal behaviours*), que incluyen llamadas de teléfono, mensajes de texto, correos electrónicos, mensajes instantáneos, chat, blogs, redes sociales, páginas web, etc.
- Comportamientos visuales (*visual behaviors*), como postear, enviar o compartir videos o fotografías comprometidas con otros mediante el teléfono móvil o Internet.
- Exclusión (*exclusion*), que consiste en excluir a alguien de forma intencionada de un grupo *online*.
- Suplantación (*impersonation*), como por ejemplo, usar el nombre y la cuenta de otra persona para robar y revelar información personal.

Otra interesante distinción es la que realizan Vandebosch y Van Cleemput (2009) al señalar conductas de *cyberbullying* directas e indirectas. Las directas son los tipos de conducta en que la víctima se ve envuelta directamente, distinguiendo dentro de esta categoría, a su vez, otras cuatro: contra la propiedad (lo que podría ser el envío de *malware* para dañar el equipo o un archivo), verbal (que incluye el uso de Internet o el móvil para insultar o amenazar), no verbal (envío de imágenes o ilustraciones obscenas o amenazantes) y social (excluir a una persona de un grupo *online*). En la segunda categoría, *cyberbullying* indirecto, la víctima no se ve envuelta directamente en la conducta, como

sería el caso de hacerse pasar por alguien, expandir cotilleos o rumores, participar votando en una página web que se dedica a difamar a alguien, etc.

Otra clasificación posible es la que llevan a cabo Kowalski, Limber y Agatston (2010), sobre la base de los tipos de conducta, identificando los ocho siguientes:

- **Peleas online (*flaming*):** esta categoría hace referencia al intercambio de palabras breve y acalorado entre dos o más personas con un lenguaje hostil y vulgar, que tiene lugar a través de alguna de las nuevas tecnologías. Incluye tanto el intercambio de mensajes privados como hacerlo en contextos públicos.

- **Hostigamiento:** se trata de mensajes ofensivos, reiterados y enviados a la persona elegida como blanco por correo electrónico, en foros públicos como salas de chat y foros de debate; incluyendo también el envío de mensajes de texto al teléfono móvil. Difiere de los insultos porque el hostigamiento es a más largo plazo y más unilateral (incluyendo a uno o más ofensores frente a una única víctima).

- **Denigración:** es la modalidad que implica descalificar a alguien *online*, difundiendo información despectiva y falsa de una persona, bien a través de una página web o bien vía e-mails, mensajes instantáneos, etc. Esta conducta se puede llevar a cabo, por ejemplo, mediante el envío de imágenes crueles o rumores acerca de una persona para dañar su reputación, enviando fotos (alteradas digitalmente) de alguien, etc.

- **Suplantación:** es usar la cuenta de alguien sin autorización para enviar mensajes que hacen quedar mal a su propietario, o bien lo ponen en una situación problemática o en peligro, o bien dañan su reputación.

- **Desvelamiento y sonsacamiento:** este tipo de conducta implica revelar información comprometida de la víctima a otras personas, enviada de forma espontánea pero privada por la propia víctima, o que le ha sido sonsacada y después difundida a otras personas.

- **Exclusión:** supone no dejar participar a una persona en una red social o un grupo *online* específico.

- **Ciberpersecución:** es la conducta consistente en el envío de comunicaciones electrónicas reiteradas hostigadoras y amenazantes.

- **Happy Slapping:** esta última conducta, que ha sido traducida al español como "paliza feliz" (Goraigordobil, 2011, p.237),

consiste en grabar mediante la cámara de los teléfonos móviles imágenes en las que se agrede a una persona y luego son compartidas con amigos o publicadas en algún espacio *online* para que las vean muchas personas.

Esta clasificación viene a completar la propuesta inicialmente por Willard (2007), que distinguía siete tipos de conductas: *flaming, harassment, denigration, impersonation, outing or trickery, exclusion, cyberstalking*. Por su parte, Buelga *et al.* (2010) proponen en su estudio las siguientes conductas basadas en la clasificación de Willard: hostigamiento (insultar o ridiculizar, y decir o enviar “cosas guarras”); persecución (obligar a hacer cosas con amenazas o amenazar para meter miedo); denigración (difundir mentiras y rumores falsos); violación de la intimidad (compartir secretos, difundir o manipular fotos de personas, o de la familia, sin permiso, y acceder a las cuentas privadas); exclusión social (“me han llamado/me han dicho de conectarme y no han contestado”), y suplantación de la identidad (hacerse pasar por alguien para decir o hacer cosas malas en Internet).

A todas estas conductas habría que sumar aquellas otras relacionadas inicialmente con la cibercriminalidad económica, pero que pueden ser entendidas como cibercriminalidad social, si el propósito de quien las ejecuta es molestar, atormentar o acosar. En este sentido, Bocij (2003) incluye en su estudio sobre *cyberstalking* conductas como animar a otras personas a acosar, amenazar o insultar, suscribirse a servicios para cargar gastos a sus tarjetas, enviar *software* malicioso para dañar el equipo y enviar troyanos para controlar el sistema informático.

En definitiva, tanto menores como adultos pueden sufrir una amplia gama de ataques en el ciberespacio que pueden afectar al honor, la intimidad, la dignidad, la libertad, la privacidad, o similares. Y, como veremos más adelante, dada la configuración del nuevo espacio, permiten su realización con mayor facilidad.

3.3. *Concepto de cibercriminalidad social y relación con su relevancia jurídica a los efectos de este trabajo*

El objeto del presente trabajo es la cibercriminalidad, específicamente la cibercriminalidad de tipo social y, aún más concretamente, conductas de ciberacoso que podrían entenderse englobadas dentro del *cyberharassment*. De todas las formas que puede adoptar la cibercriminalidad social, este trabajo sólo

abarca la manifestación concreta de algunas (de las muchas) conductas que pueden ser consideradas ciberacoso. No se centra exclusivamente en unas formas concretas de la cibercriminalidad social, sino que además las aborda desde la perspectiva de quien la sufre: la víctima. Sin embargo, el concepto de víctima no está exento de discusión por la doctrina, por lo que se hace necesario aclarar cuál es la postura que se ha seguido durante el desarrollo del trabajo y, más allá de esto, las razones de la misma. Asimismo, algunas de las conductas que van a ser analizadas en el estudio criminológico que conforma la parte principal de esta obra pueden no constituir un "delito", en términos jurídicos. En este sentido, resulta también necesario explicar cuál es el concepto de cibercrimen adoptado y el objeto concreto de la investigación.

Comenzando con la justificación acerca de la postura escogida sobre el concepto de crimen, se ha partido de una perspectiva criminológica. Nadie discute que el delito es uno de los objetos de estudio de la Criminología y, casi con total seguridad, el más importante, pues de él derivan otros objetos de estudio como la víctima o la reacción social frente al mismo. Ya Sutherland, a principios del siglo pasado, definió la Criminología como "el cuerpo de conocimientos sobre el delito como fenómeno social" (p. 3). Sin embargo, no es la única definición que ha puesto de manifiesto que el estudio de las causas del delito es la principal actividad de la Criminología (Serrano, 2009), pues en este sentido García-Pablos (1999) la define como "la ciencia empírica e interdisciplinaria que se ocupa del crimen, del delincuente, de la víctima y del control social del comportamiento desviado". Y por último, otra más reciente es la propuesta por Garrido, Stangeland y Redondo (2001), quienes la entienden como "la ciencia que estudia los comportamientos delictivos y las reacciones sociales frente a ellos" (p. 47).

Sin embargo, a pesar de que existe un acuerdo unánime en que la Criminología se centra en el estudio del delito (o del comportamiento delictivo), no existe tal consenso a la hora de delimitar el alcance del concepto. Aun a riesgo de simplificar en exceso, podría admitirse que hay dos grandes posturas: los que consideran que el concepto de delito debe estar limitado al concepto de delito normativo, frente a los que consideran que no debe limitarse. Los que apuestan por la primera postura se basan en el principio de legalidad y, por lo tanto, entienden

como comportamiento delictivo todas aquellas conductas que estén descritas (tipificadas) en las leyes penales. En otras palabras, las conductas que no estén recogidas en la norma penal no podrán ser consideradas delitos, por muy injustas o dañinas que puedan ser (Serrano, 2009). Asiste razón, probablemente, a quienes defienden esta posición, al señalar ciertos riesgos que podría conllevar esta desconexión entre “crimen” en sentido criminológico y “crimen” en sentido jurídico, pero también se admite que con ello se puede estar restringiendo en exceso el objeto de estudio.

Frente a esta postura, se encuentra la de los que consideran que la noción criminológica del comportamiento delictivo, como constructo más complejo, no debe quedarse sólo en ese puro concepto normativo del delito, sino que ha de dirigir su atención hacia otros elementos no esencialmente delictivos. Así ocurriría, por ejemplo, con las conductas problemáticas o antisociales que puedan ser predictoras de la posterior delincuencia, y los diversos factores biopsicológicos y sociales que puedan ser facilitadores de ella. Explican Garrido y Redondo (2013) que el concepto legal de delito no clarifica qué elementos caracterizan a los comportamientos delictivos, ni por qué deben ser considerados más graves que otros. De hecho, el propio Serrano (2009) reconoce que adoptar de forma estricta la primera postura podría parecer “insatisfactorio desde un punto de vista científico” (p. 69). Y en este sentido, ya apuntaba García-Pablos (2003) que podría adoptarse “una nueva actitud metodológica, flexible, que acenúa la funcionalidad del concepto de “delito”, a los efectos de optar a favor de una noción jurídico-formal (penal) o material, según las finalidades de la investigación criminológica... A tenor del mismo, carece de sentido cualquier decisión apriorística que condicione fatalmente –y limite o impida– los propósitos de esta investigación” (p. 101).

Sin embargo, es importante asumir la relevancia funcional y práctica que tiene, en la investigación, la determinación del objeto de estudio. Con esto lo que se afirma es que el objetivo de la investigación debe ser absolutamente definitorio del objeto y, a la vez, reconocer que ello no puede conllevar una generalización del mismo a otro tipo de investigaciones. En otras palabras, para decidir cuál es el objeto de crimen adoptado en este estudio, se toma en consideración los objetivos específicos de esta investigación, lo cual supone que no se pueda generalizar tal

definición del objeto a cualquier otro estudio que se realice, por ejemplo, con propósitos distintos.

En este sentido, es interesante revisar los argumentos que recoge y sintetiza Serrano (2009) por parte de quienes consideran que la Criminología no puede aferrarse a un concepto normativo de delito, y, a la vez, examinar algunas de las razones por las que este mismo autor cree necesario asir su propio concepto de delito al concepto legal. Y esta revisión se realizará teniendo como norte cuáles son los objetivos concretos de la investigación que se presenta.

Respecto a los argumentos en favor de un concepto no legalista de crimen que aduce Serrano (2009), tres pueden ser perfectamente empleados a los efectos del trabajo para seguir esta última corriente¹⁴: “b) el legislador, que es quien legítimamente establece qué conductas son delito, no sigue un criterio satisfactorio desde el punto de vista de la explicación causal del delito, sino que predominan los históricos y de oportunidad. De este modo es difícil que pueda darse una explicación científica general convincente de una materia en la que elementos irracionales y contradicciones tienen una fuerte presencia; c) las leyes penales son irremediamente vagas e imprecisas, hasta el punto que los jueces y los juristas en general no siempre llegan a acuerdos generalizados sobre su interpretación, y d) las leyes penales son cambiantes: con relativa rapidez se tipifican nuevas conductas, mientras que delitos tradicionales se redefinen o

¹⁴ Los otros dos argumentos se desechan porque no aportan relevancia al tema tratado. Éstos son: “a) No parece asumible que el objeto de estudio de una disciplina venga impuesto desde fuera de la misma, es decir que sea competencia externa la delimitación del mismo. Antes al contrario, lo lógico es que cada disciplina defina ella misma qué va a estudiar y cuál es su contenido y naturaleza; e) Los autores críticos que sostienen que las leyes en general y las penales en particular responden a los intereses de los grupos sociales dominantes –y ello tanto en el momento de su tipificación como, sobre todo, en el más importante y decisivo de su interpretación y aplicación–, y tienen por lo tanto la función de protegerlos; afirman que una concepción legal del delito en el fondo legitima involuntariamente las diferencias sociales y desvía la atención de los comportamientos dañosos más graves para la sociedad en general, como son precisamente algunos de los que llevan a cabo dichos grupos para el mantenimiento de sus intereses y sus posiciones de privilegio” (SERRANO, 2009, pp. 69 y ss.).

bien dejan de estar castigados" (p. 70). Este último argumento es especialmente importante a los efectos que nos interesan. Si, como señala Morillas Cueva (2006, 2008), el Derecho penal sólo debe encargarse de sancionar las conductas que afecten a los que sean considerados valores esenciales del individuo y de la sociedad en un momento determinado, y asumiendo la rapidez del cambio tecnológico y, unido a él, del social, puede suceder que haya intereses sociales que sean dignos de tutela pero aún no hayan sido incorporados al sistema penal, y sin embargo merezcan ser objeto de estudio, por ejemplo, para conocer su prevalencia real.

Frente a estos argumentos, y en concreto frente al concepto no unitario de delito de García-Pablos, señala Serrano que esta propuesta es legítima pero "corre el riesgo de caer en innumerables investigaciones desconectadas entre sí que en realidad hablen de cuestiones completamente distintas y lleguen, por lo tanto, a conclusiones opuestas, lo cual complicaría y limitaría el progreso de la ciencia".

Pues bien, como a continuación se expresará, son variadas las razones por las que se ha decidido no asir el concepto de ciberacoso a lo legal y utilizar como variables dependientes conductas de "cibercrimen" que pueden no ser, conforme a nuestro sistema penal, delictivas. Pero la principal de ellas es, precisamente, el riesgo, en el caso de que se utilizara el concepto legal, de realizar una investigación totalmente desconectada de las similares que se están realizando en otras partes del mundo, especialmente en EE.UU. y el mundo anglosajón, y no precisamente por una diferencia del régimen legal, sino porque allí el objeto cibercriminalidad sí está claramente desconectado de la definición legal de crimen. Si eso es un argumento de peso, como con razón entiende Serrano (2009), en favor de una conceptualización u otra, en este caso se considera que debe jugar en favor de la separación entre el concepto legal y el criminológico, como a continuación se explica.

Como ya se ha avanzado, la pretensión principal de este trabajo no es únicamente obtener los datos de prevalencia de unas determinadas formas de ciberacoso, sino que es (en aras a la prevención) determinar qué conductas cotidianas de las que realizan las víctimas tienen mayor incidencia en su proceso de victimización. Para ello, se ha empleado una metodología más que aceptada y validada en las investigaciones criminológicas y

victimológicas: las encuestas de victimización¹⁵. Aunque el procedimiento seguido se explica más adelante (parte 2, capítulo 1), es necesario ir adelantando que para el estudio objeto de este trabajo se ha preguntado a las víctimas por unas formas concretas de victimización que la comunidad científica ha identificado como conductas de acoso, y que provocan consecuencias negativas en las personas que las padecen. En este sentido, seguir tal metodología, pero atendiendo a un concepto penal de ciberacoso a menores, habría planteado dos problemas, que se expondrán a continuación.

El primero de ellos surge en relación a una cuestión de comparabilidad. En primer lugar, porque si se atiende únicamente al ordenamiento jurídico español, los resultados obtenidos sólo tendrían valor en este ámbito geográfico. Y en segundo lugar, porque impediría hacer comparaciones con otros estudios realizados hasta la fecha, que han sido modelo de base para el planteamiento de este trabajo.

El segundo de los problemas vendría originado porque no existe en el Código Penal español vigente un tipo específico que castigue el ciberacoso a menores, por lo que la jurisprudencia ha ido reconduciendo a los distintos tipos penales existentes las diferentes conductas de acoso a menores a través de Internet sobre la base de los diferentes bienes jurídicos que pueden ser dañados o puestos en riesgo por los distintos ciberataques (Miró, 2013b). Este hecho (entre otros) que a continuación se expondrá hace que sea bastante complicado operativizar variables con precisión jurídica, lo que no significa que sea imposible. Sin embargo, sirva como ejemplo precisamente el acoso a menores a través de los delitos contra la integridad moral, donde habría que incluir algunos elementos que incluso son discutidos por la doctrina, por poder prescindir de ellos en el caso de que la entidad del ataque sea tal que, pese a realizarse en una ocasión, suponga una suficiente afectación a la integridad moral de la víctima, como la continuidad de la conducta. Se podría pregun-

¹⁵ Para conocer la evolución de las encuestas de victimización y la implicación en el desarrollo del estudio de la criminalidad, se recomienda consultar Luque Reina (2006), Garrido y Redondo (2013), Pereda Beltrán (2013), Aebi y Linde (2010).

tar, por tanto, a un menor de doce años: “¿alguien ha realizado de manera continua alguna conducta a través Internet que haya dañado o afectado tu integridad moral?” o “¿se ha visto alguna vez afectada o dañada tu dignidad a causa del comportamiento que ha realizado otra persona a través de Internet?”. Desde un punto de vista metodológico sería incorrecto, pues si ya es difícil para la gente leiga en Derecho distinguir entre hurto y robo (y por eso muchas encuestas de victimización no distinguen entre estos dos conceptos), aún resulta más difícil introducir términos como “integridad moral”. En cualquier caso, no se niega que se pueda llegar a elaborar una encuesta que satisfaga este aspecto, pero preferiblemente se debería optar por otro tipo de metodologías, sobre todo de corte cualitativo (como las entrevistas en profundidad), que permitiesen alcanzar estos objetivos salvando los inconvenientes encontrados. Y de hecho, sería un complemento perfecto para las investigaciones como la que aquí se ha llevado a cabo, cuyos resultados por sí mismos no sólo son útiles para el diseño de estrategias de prevención, sino que también pueden serlo para la respuesta penal (Tamarit, 2014).

Circunscribirse, por tanto, a un concepto legal de ciberacoso, como único y excluyente, conllevaría dejar de lado cuestiones que sí se deben tener en consideración, como su etiología, la fenomenología, la dinámica y la estructura, y, sobre todo, obligaría a cambiar por completo el objeto de la investigación. Por ello en este trabajo, y de forma totalmente aceptada por la comunidad científica, se utiliza un concepto de víctima como el de una persona que puede no haber sufrido un hecho que podría ser constitutivo de un ilícito penal. En este sentido, ha expresado Tamarit (2006) con acierto que “no puede desconocerse la existencia de situaciones que pueden ser definidas en términos de victimización, con la presencia de una víctima y, frecuentemente, de un ofensor perfectamente identificables, y que, pese a su proximidad con lo penal, no pueden ni deben ser concebidas como hechos delictivos. Nos referimos a los fenómenos que tienden a ser descritos en gran medida por los efectos que producen en la víctima, conocidos con términos como *stalking, bullying, mobbing, harassment*” (p. 21).

Y es que el concepto de víctima, como objeto de estudio de la Victimología, tampoco está libre de discusiones doctrinales. Sin querer entrar a valorar cuestiones relacionadas con el alcance del objeto de estudio de la Victimología, pues no tienen relevan-

cia a los efectos del presente trabajo, es necesario apuntar que también la definición de delito afecta al concepto de víctima. En este sentido, parece que la doctrina mayoritaria también ha apostado por no ceñirse a un concepto normativo de delito. Así, argumenta Tamarit (2006) que “si en el ámbito de la Criminología un destacado sector doctrinal ha defendido la necesidad de reconocer un objeto amplio de la disciplina que comprenda el estudio de la desviación social y comportamientos no delictivos, con mayor razón procede en nuestro ámbito de estudio una apertura a tal clase de fenómenos de victimización” (p. 21). Siguiendo este hilo argumental, afirman Morillas, Patró y Aguilar (2011) que “la mayoría de las conductas que en un futuro serán constitutivas de delito, por cuanto generan un daño a la víctima, antes de su incorporación al Código Penal han sido sometidas a un seguimiento desde un prisma victimológico –incluso criminológico- de acuerdo a la acepción crimen social” (p.34).

A los efectos del presente trabajo, se opta por un concepto de víctima derivado de la Victimología criminal, definido como “individuo o grupo de personas que sufre un daño producido por una conducta antisocial, propia o ajena, aunque no sea el detentador del derecho vulnerado” (Morillas *et al.*, 2011, p. 102). En cualquier caso, como ponen de manifiesto Morillas *et al.* (2011), “no existe un concepto unitario de víctima y su definición dependerá, en todo caso, del campo o rama jurídica o social en la que pretenda desenvolverse. Ahí es precisamente donde radica la esencia del concepto victimal, en la destreza que debe manifestar el investigador para optar por una u otra conceptualización según la finalidad perseguida y los objetivos en la investigación” (p. 102).

4. CARACTERIZACIÓN ESTRUCTURAL DE INTERNET COMO NUEVO Y DISTINTO ÁMBITO DE OPORTUNIDAD

Los teóricos de la Criminología ambiental como Brantingham y Brantingham (1981), Ekblom (1995) o los creadores de la teoría de las actividades cotidianas (Cohen y Felson, 1979), establecieron que el lugar en que ocurren los delitos es determinante para su comisión y, por lo tanto, entenderlo es fundamental para conocer la etiología del delito. Así, para comprender el fenómeno de la cibercriminalidad será necesario analizar el lugar, dado que se da en un ámbito que no es el tradicional espacio físico. En

otras palabras, hay que analizar en qué cambia el ciberespacio con respecto al espacio físico, y cómo afecta este hecho al crimen que en él se produce. Las preguntas, por tanto, son: ¿Cómo es el ciberespacio? ¿En qué se diferencia del espacio físico? ¿Cómo repercuten sus características en los eventos delictivos?

Indica Williams (2007) que el crimen, como cualquier actividad social, es dependiente del espacio y del tiempo. En este sentido, hay que entender que el ciberespacio surge de la interconexión entre los usuarios a través de las TIC. Por ello, cuando se dice que el ciberespacio es un espacio de comunicación (Lévy, 1998), es porque resulta de la actividad social de los usuarios a través de los ordenadores conectados entre sí (Mayans, 2003). Sin embargo, Aguirre Romero (2004) va más allá al señalar que sin la comunicación entre usuarios no existiría la red:

“El ciberespacio existe solamente como espacio relacional; su realidad se construye a través del intercambio de información; es decir, es espacio y es medio. Una red sin interacción entre sus miembros deja de ser una red; la red existe porque existen relaciones entre sus integrantes” (Aguirre Romero, 2004).

El hecho de que sea necesaria la comunicación para que exista el ciberespacio marca la primera diferencia con el espacio físico, pues este último existe independientemente de las relaciones que surjan en él. Es decir, dos personas se podrán relacionar en un espacio físico cualquiera y seguirá ahí cuando acabe esa relación (Aguirre, 2004), mientras que “el ciberespacio agota su existencia en cuanto él mismo sirva para la comunicación entre los sujetos, dado que sin interacción no hay red” (Miró, 2012, p. 146).

Pero si hay algo que cambia sustancialmente entre los dos espacios es la configuración espacio-temporal. Y es que no existen distancias en el ciberespacio, no se puede hablar de cercanía, proximidad o separación, porque todos los puntos tienen la misma distancia entre sí (Yar, 2005). Lo que sucede en el ciberespacio es que las distancias se reducen y, por consiguiente, el espacio se contrae y, por ello, el término distancia se mide no sólo en los kilómetros que se tarda en recorrer de un sitio a otro, sino también en el tiempo que se tarda en llegar (Puebla, 1998). En este sentido, dice Puebla que “el tren de alta velocidad y el transporte aéreo producen ciertamente una espectacular compresión del espacio, al reducir las distancias en tiempo” (p. 72). Por tanto, en la medida en que el tiempo necesario y

el coste se reducen, la distancia es cada vez menor y, en este sentido, las distancias en el ciberespacio desaparecen porque la comunicación entre dos personas a través de Internet puede ser inmediata, independientemente del lugar físico en el que se encuentren.

Que la distancia deje de ser un obstáculo tiene como consecuencia la expansión comunicativa (Miró, 2011, 2012). En este sentido, señala Green (2002) que lo que ocurre en el ciberespacio es que hay una compresión espacio-temporal porque se reduce el tiempo necesario para cubrir una distancia, pero hay un estiramiento en la medida en que aumenta el contacto entre la sociedad y, por tanto, la eliminación de las barreras físicas acerca a un mismo espacio a todos los usuarios de Internet (Miró, 2011, 2012). En otras palabras, la superación de las limitaciones espacio-temporales impuestas por el espacio físico permite a las personas interactuar con todas aquellas que estén ubicadas dentro de la red global de comunicaciones, "haciendo viable la idea de la aldea global" (Cabero, 1996, p. 2).

En cuanto al tiempo, no es su reducción el único cambio provocado por la contracción de las distancias, sino que otra de las particularidades que presenta el ciberespacio en cuanto al tiempo es que la comunicación entre dos personas puede suceder en dos momentos temporales distintos. Es decir, el emisor puede enviar un mensaje de texto en un momento temporal determinado y ser recibido más tarde por el receptor. En palabras de Cabero (1996), "el tiempo puede ser el mismo y también diferente entre el emisor y el receptor, facilitándose de esta forma la flexibilidad en la comunicación, y permitiendo que las personas, para comunicarse, no tengan por qué estar en el mismo momento temporal". Incluso, como apunta Miró (2011, 2012), el ciberespacio permite que algo que en el espacio físico es caduco, sea perenne. Es decir, acciones como la publicación de contenidos pueden quedar fijadas en el ciberespacio de manera indeterminada y seguir produciendo efectos. No obstante, la compresión del tiempo y del espacio, y la consiguiente expansión comunicativa, lo es tanto para lo positivo como para lo negativo, pues como apunta Landry (2008), produce cibercrímenes y hace que viejos delitos ahora sean más fáciles de cometer.

Sin embargo, no son el tiempo y el espacio las únicas características que diferencian el espacio físico del virtual. Como

ha señalado Miró (2011), la configuración del ciberespacio está marcado por otras características extrínsecas, probablemente derivadas de las anteriores, que tienen efecto sobre todos los eventos que en él se producen. La primera, y seguramente la más significativa, es su carácter transnacional (Gómez, 2005). El ciberespacio ha supuesto la eliminación de las tradicionales fronteras del espacio físico, permitiendo así que un individuo pueda acceder desde cualquier Estado nacional a una página web alojada en un servidor situado en cualquier otro Estado nacional. Como explica Miró (2011, 2012), esto supone que Internet no pertenece a ningún Estado concreto pero que se puede acceder desde cualquiera de ellos. Lo que supone una expansión sin precedentes de la comunicación, cambiando por completo el concepto de comunidad. Como ha indicado Fonseca (2003), "ese espacio sin espacio (referido al ciberespacio) reconfigura también las nociones del límite. Las comunidades virtuales trascienden no sólo las fronteras nacionales o continentales... Las comunidades virtuales son transterritoriales pero a su vez translingüísticas y transculturales" (p. 16). Afirma Ribeiro (2002) en este sentido que el ciberespacio es "una especie de universo transnacional, hiper-posmoderno, donde tiempo, espacio, geografía, fronteras, identidades y cultura simulan inexistir o ser irrelevantes".

La transnacionalidad del ciberespacio dificulta el seguimiento y control de la cibercriminalidad. Y es que, en realidad, Internet se configura a partir de la conexión entre sistemas, es decir, es una malla donde ningún nodo tiene el poder de aislar a otro no-nodo, por lo que la inutilización de uno no impide que Internet siga fluyendo (Alcántara, 2011). Este carácter "no centralizado¹⁶ y distribuido" de Internet, e incluso "deslocalizado" en el sentido de que no está situado en un lugar concreto sino en todos a la vez (Miró, 2011, 2012), impide que haya una autoridad centralizada que pueda ejercer algún tipo de control o de censura sobre las interacciones que en él se produzcan (Romeo, 2006), o, lo que es lo mismo, que no está limitado a las leyes nacionales de un único país (Miró, 2011, 2012).

¹⁶ Explica Alcántara (2011) que es más adecuado hablar de ciberespacio "distribuido" y no "descentralizado", porque empleando el segundo término podría significar que hay nodos locales que se unen en una red entre sí.

A su vez, que en el ciberespacio no haya unidades centralizadas que puedan bloquear las conexiones entre nodos debido a su carácter transnacional y distribuido (Papakonstantinou, 2010), permite a los usuarios navegar libremente sin censuras. Es a esto a lo que se alude cuando se habla de la neutralidad de la red, la capacidad de comunicación desde un punto a otro del ciberespacio sin que se vea alterado el contenido (Alcántara, 2011; Suárez, 2013).

Por otra parte, son quizá todas estas características mencionadas las que han hecho que el ciberespacio se haya convertido en un lugar para el intercambio, tanto económico como social, pues su uso se ha extendido a todas las sociedades. Su carácter universal y popular lo demuestran los últimos datos recogidos por el Banco Mundial¹⁷, que apuntan a que tan sólo hay diez países en el mundo donde el porcentaje de usuarios de Internet es inferior al 2%. Sin embargo, frente a este grupo encontramos países como Estados Unidos, Canadá o algunos de Europa, donde el porcentaje de población usuaria se eleva al 90%. El aumento de usuarios conlleva la concentración, en un mismo espacio, no sólo de potenciales agresores, sino también un mayor número de objetivos sobre los que dirigir el ataque.

El uso continuo de Internet y de los sistemas de conexión por gran parte de la población mundial ha hecho (y continua haciendo) que estén en permanente evolución y cambio. Echando la vista atrás se puede observar cómo las formas de consumo y comunicación de las personas han cambiado y continúan haciéndolo. Así, se pasó de la web 1.0, que era un sitio donde acceder a información; a una web 2.0, en la que los usuarios eran consumidores y productores (al mismo tiempo) del contenido que circula en Internet (por ejemplo, se pasó de las páginas web a los blogs, y de la enciclopedia *online* a la Wikipedia). En la actualidad, se habla ya de la web 3.0 (también conocida como "Internet de las cosas")¹⁸: una tercera generación, donde son los ordenadores los que pueden procesar la información, como si la entendieran, e inferir conclusiones a partir de los datos. Esta

¹⁷ Datos obtenidos en: www.bancomundial.org/indicador.

¹⁸ Para conocer más sobre este concepto, se puede consultarse la siguiente página web: www.ibm.com.

revolución constante hace necesario que los sistemas de protección también evolucionen al mismo ritmo y que se adopten nuevas estrategias de prevención.

Finalmente, cabe destacar el carácter anonimizado del ciberespacio al permitir que los usuarios naveguen por Internet ocultando su verdadera identidad. Esto es posible gracias a que existen múltiples herramientas para interactuar en las que no es necesario revelar la identidad, como los servidores de correo electrónico, las redes sociales, etc. Es cierto que se ha mejorado mucho en la identificación de la IP desde la que un usuario se conecta a Internet, pero la posibilidad de acceder a redes *wifi* abiertas (o públicas), o la creación de redes *botnet*, ponen de manifiesto que se puede averiguar desde dónde se realiza un conducta, pero no quién es el auténtico ejecutor (Miró, 2012). En otras palabras, Internet crea múltiples oportunidades para inventar versiones alternativas de uno mismo y para involucrarse en diferentes formas de interacción (Fonseca, 2003).

En resumen, el ciberespacio es distinto al espacio físico y las características que lo configuran (la contracción del espacio y el tiempo, la expansión comunicativa, la transnacionalidad de la comunicación, la incapacidad para que exista un órgano central de control, la facilidad para ocultar la verdadera identidad, su popularización entre las personas, y su permanente estado de evolución) hacen que el delito que en él se cometa, como fenómeno social que es, se vea afectado por él. Por tanto, para la comprensión de cada una de las formas de cibercriminalidad, así como para la elaboración de las estrategias de prevención, deberá tenerse en cuenta la configuración de este nuevo ámbito de comunicación.

SEXTA LECTURA

García Guilabert, N. (2017). *Los menores como víctimas del ciberacoso no sexual*. García Guilabert, N. El ciberacoso . Anàlisis de la victimización de menores en el ciberespacio desde la Teoría de las actividades cotidianas. Buenos Aires, Argentina. EDISOFER y B de F editorial, pp. 43-61.

Es evidente que el uso de las TIC ha calado en toda la población, pero especialmente entre los jóvenes. No se puede negar que, gracias a las facilidades que brinda el ciberespacio, este se ha convertido en un lugar que invita a ser usado para relacionarse con otras personas y también para conocer más el mundo.

NATALIA GARCÍA GUILABERT
Profesora Asociada de Criminología
Universidad de Murcia

EL CIBERACOSO

*Análisis de la victimización de menores
en el ciberespacio desde la
Teoría de las actividades cotidianas*

Prólogo de
FERNANDO MIRÓ LLINARES



2017



I.S.B.N.: 978-9974-745-29-2 (en América)
I.S.B.N.: 978-84-15276-72-2 (en España)

En Madrid, España:
© EDISOFER S. L.
Calle San Vicente Ferrer 71 (28015)
Tel.: (0034 91) 521 09 24 - Fax: (0034 91) 532 28 63
www.edisofer.com

En Buenos Aires, República Argentina:
© Euros Editores S.R.L.
Av. Congreso 4744 (C1431AAP) - Tel./Fax: (005411) 4522-1483
e-mail: euroseditores@fibertel.com.ar
www.euroseditores.com

En Montevideo, República Oriental del Uruguay:
© B de F Ltda.
Buenos Aires 671 (CP 11000) - Tel./Fax: (00598) 2916-5238
e-mail: bdef@netgate.com.uy
www.editorialbdef.com

Hecho el depósito que establece la ley. Derechos reservados.

Impreso en Argentina en el mes de septiembre de 2017 por:
La Imprenta Ya, Av. Alférez Hipólito Bouchard 4381
Tel.: 4756-6854 / 6837. Munro, Buenos Aires.
www.laimprentaya.com

CAPÍTULO II
LOS MENORES COMO VÍCTIMAS
DEL CIBERACOSO NO SEXUAL

“Internet terminó con la era de la casa como refugio, al igual
que la artillería acabó con la del castillo como fortaleza.”
(Pease, 2001, p. 24)

1. MENORES Y CIBERCRIMEN EN LA WEB 2.0

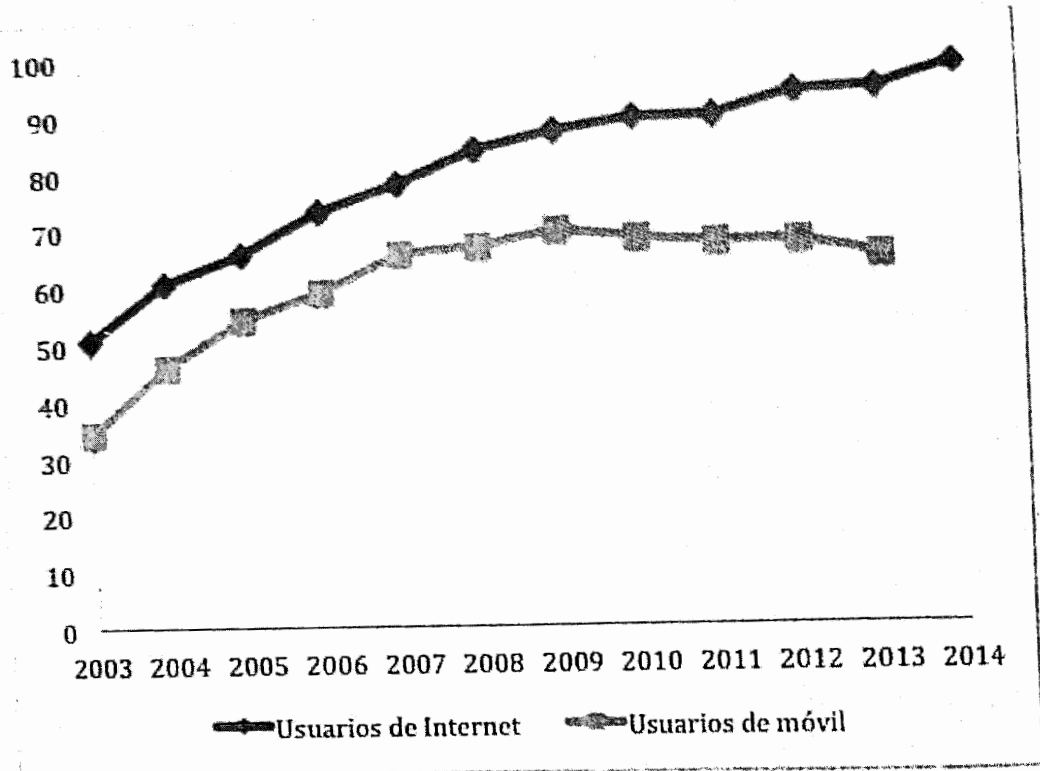
1.1. El uso de las TIC por los menores

Es evidente que el uso de las TIC ha calado en toda la población, pero especialmente entre los jóvenes. No se puede negar que, gracias a las facilidades que brinda el ciberespacio, éste se ha convertido en un lugar que invita a ser usado para relacionarse con otras personas y también para conocer más el mundo. Probablemente, las virtudes de Internet son las que han hecho que se haya convertido para los jóvenes en el medio para establecer relaciones sociales.

Y es que, observando los datos ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística, las conclusiones son evidentes: la práctica totalidad de los menores en España hacen uso de las redes sociales. Tal y como se muestra en el gráfico, desde 2003 hasta 2014, el uso de Internet entre los jóvenes españoles de 10 a 15 años ha subido en 40 puntos porcentuales.

GRÁFICO 1

Evolución del uso de las TIC en la población española 2003-2014



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos ofrecidos por el INE

Los últimos datos recogidos del Instituto Nacional de Estadística muestran que el 92% de los jóvenes entre 10 y 15 años usan Internet, mientras que el uso del móvil no ha experimentado la misma subida que Internet, pero aun así desde 2003 hasta 2014 ha pasado de ser usado por el 34,1% al 63%. La amplia diferencia entre el uso de Internet y el uso del móvil puede estar mediatizada por el intervalo de edad manejado. Los resultados del estudio llevado a cabo por Xavier Bringué y Charo Sábada (2011) con una muestra de 12.919 menores españoles, indican que entre el 20% y el 35% de los niños y niñas de 6 años ya poseen móvil, y que es a partir de los 13 años cuando el porcentaje aumenta hasta 90%.

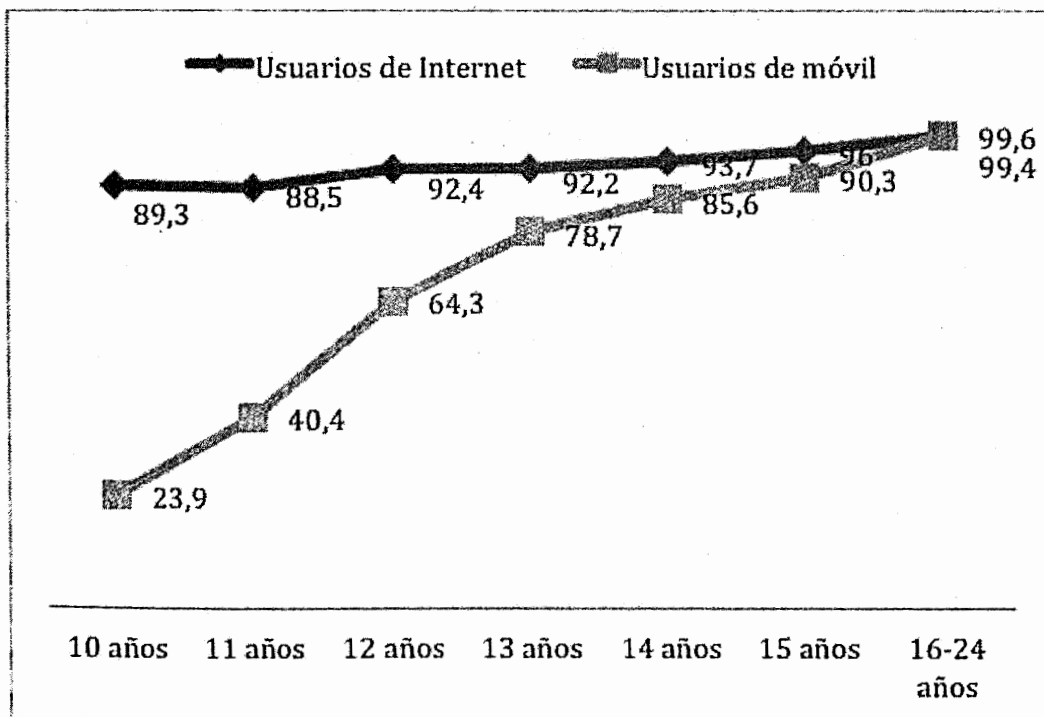
Analizando los datos ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística para el año 2014, se observa que existe poca variación de uso de Internet por los menores. En este sentido, el 86,6% de los menores de 10 años hacen uso de Internet, aumentando su

uso conforme aumenta la edad. De este modo, entre los 16 y 24 años de edad, el porcentaje de usuarios es del 99,6%; es decir, prácticamente todos los españoles hacen uso de Internet.

Con el móvil, la evolución todavía es más clara, situándose a los 10 años el porcentaje en torno al 26%, y aumentando hasta el 90% entre los jóvenes de 15 años. El Instituto Nacional de Estadística no ofrece el dato de uso del móvil en la franja de edad superior a los 15 años, pero seguramente el porcentaje obtendría valores más altos, en torno al 95-99%, como han mostrado en otro estudio Bringué y Sábada (2011). De acuerdo con estos autores, un tercio de los menores obtienen su primer móvil como regalo en ocasiones especiales como Navidad, un cumpleaños o la primera comunión. Así, en el 23% de los casos son los menores quienes lo solicitan, y se les concede, pero también hay un 19% en el que son sus padres quienes se lo dieron sin solicitud previa.

GRÁFICO 2

Uso de Internet y del móvil por edad



Fuente: *Elaboración propia a partir de los datos del INE (2013)*

No cabe duda de que Internet es concebido por los menores como una herramienta para establecer relaciones sociales: el principal uso que le dan es establecer comunicación con otras

personas. Y es que, como apuntan Bringué y Sábada (2011), Internet permite una comunicación sincrónica, a tiempo real, y con personas o grupos previamente seleccionados. Entre las herramientas de comunicación, las que en mayor medida se usan son las de mensajería instantánea (Bringué y Sábada, 2011), aunque también se hace uso de otras herramientas, como el correo electrónico y, en menor medida, chats y foros (García, López-de-Ayala y Catalina, 2013).

Pero Internet no es sólo una herramienta de comunicación, sino también una herramienta poderosa para el conocimiento, la diversión, compartir información con otras personas, y para el consumo. Los datos son claros: el 76% de los menores admite usar internet para buscar contenidos, pero también para descargar música, películas y programas informáticos. Similares resultados a éstos son los indicados por García *et al.* (2013), quienes encontraron que el 48,6% visitaban con mucha frecuencia sitios web de videos compartidos y un 31,6% lo hacía de forma ocasional. La descarga con mucha frecuencia de archivos de música, o de películas o series, estaba en un 37,1%, mientras que el porcentaje de los que lo hacían ocasionalmente ascendía a un 33,9%.

A todo lo anteriormente expuesto, se suman el hecho de que Internet permite que podamos compartir con otras personas todo aquello que nos sucede en el mundo físico o, simplemente, que nos parece interesante. Sin entrar a valorar ahora los riesgos asociados a esta práctica, lo cierto es que muchos menores ven Internet como un lugar donde compartir información. El punto de inflexión en la publicación de los contenidos personales ha llegado con la creación de las redes sociales, pues según el estudio de García *et al.* (2013), el 75,3% de los jóvenes las usan con mucha frecuencia, y el porcentaje llega hasta el 90% cuando se suma el consumo ocasional. Y es que, como plantean estos autores, “las redes sociales han desbancado al correo electrónico y a la mensajería instantánea” (p. 202) debido a que permiten, además de chatear o enviar mensajes, publicar fotos o videos y actualizar el estado. En este sentido, hasta un 56% publica toda clase de información (principalmente fotos y videos) en redes sociales como Facebook, Tuenti o Instagram (Bringué y Sábada, 2011).

Y si Internet ha conseguido revolucionar la forma de comunicación, también lo ha hecho con la forma en que los menores

juegan y se divierten. Se ha pasado de tener que comprar una videoconsola y los juegos para desarrollar esta actividad, a tener disponibles miles de juegos *online* a los que se puede acceder de forma gratuita a través de los ordenadores, *smartphones*, *tablets*, etc. Pero también ha fomentado la socialización, al no ser imprescindible estar en el mismo espacio físico para jugar a un juego con otra persona. De hecho, uno de los principales motivos de que los menores hagan uso de los videojuegos *online* es que les permiten desarrollar espacios y tiempos lúdicos con su propio grupo de amigos, pero también les permite conocer a personas nuevas (Bringué y Sábada, 2011).

Todas estas actividades realizadas por los menores se hacen sin especial supervisión de los padres: aproximadamente el 85% de los menores navegan solos por Internet (Bringué y Sábada, 2011). Los padres aseguran hacer un seguimiento del uso de las tecnologías de sus hijos, pero en la mayoría de los casos éste se restringe simplemente a hacer uso de sistemas de protección. De la encuesta de INTECO (Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación) se desprende que el 92,5% de los padres consideran que los sistemas y herramientas de protección de seguridad instalados en los ordenadores de sus hijos (que generalmente se limitan al antivirus) son medidas muy efectivas para contrarrestar los riesgos que provienen de navegar por Internet; llamando la atención que sólo un 6,4% dude de su efectividad. Y es que lo que especialmente preocupa a los padres y madres es el riesgo de dependencia o uso abusivo de sus hijos de las tecnologías (39,5%), teniendo poca percepción del riesgo de que sus hijos puedan sufrir ataques informáticos intrusivos (13,4%), acoso sexual (9,9%), indeseada interacción con desconocidos (9,2%), timos y fraudes (8,7%), o el acceso a contenidos inadecuados (8,2%). Viendo estos resultados, no es de extrañar que los padres se centren en tomar medidas de tipo físico y técnico, dejando de lado medidas educativas como el diálogo, la advertencia, la formulación de recomendaciones o, simplemente, adoptar medidas coercitivas como el establecimiento de limitaciones de uso y control, así como la supervisión de la actividad (INTECO, 2009).

1.2. Intercomunicación entre menores y cibercriminalidad social

Internet ya no es sólo un ámbito para las relaciones económicas o institucionales entre empresas y Estados, sino también, y seguramente en mayor medida, para las relaciones sociales

entre las personas. La popularización de las TIC y, en particular, de los denominados *smartphones*, junto a la aparición de las redes sociales, han convertido al mundo digital (el ciberespacio) en el nuevo referente global de las relaciones interpersonales.

Los jóvenes usan las redes sociales para ver videos o fotos de amigos (50,1%), y para publicar contenidos interesantes que encuentran en Internet, pero también lo usan para hacer pública su vida privada. Respecto a esto último, un 55,2% publica videos o fotos personales de manera ocasional y un 25,4% lo hace con mucha frecuencia. Además, el 42,6% actualiza periódicamente su perfil, siendo esta práctica más habitual entre las mujeres que entre los hombres (García *et al.*, 2013).

A todo ello se suma que las redes sociales permiten a los usuarios crear álbumes de fotografía realizando comentarios sobre las fotos publicadas, y facilitan la interacción y la comunicación con otros contactos. Además, cada usuario tiene una página personal que contiene información propia, la relación que mantiene con otros contactos y, finalmente, también dispone de juegos online comunitarios (Ontsi, 2011).

Probablemente sea la facilidad con la que se pueden publicar facetas de la vida personal la causa del éxito de las redes sociales pero la característica que favorece a que sea un lugar óptimo para llevar a cabo delitos contra el honor, la dignidad, la intimidad o la libertad sexual.

Sin ánimo de criminalizar las redes sociales y otras herramientas de comunicación, éstas favorecen sin lugar a dudas la criminalidad, y las claves de por qué puede suceder esto las resume el director de Pantallas Amigas, Jorge Flores Fernández (2009), en seis puntos:

- En las redes sociales se promueven las relaciones entre personas a través de otras personas, por lo que se pierde el control directo de la referencia, y el criterio de selección o confianza usado se diluye según los nodos se distancian.
- Las redes sociales disponen de demasiadas funciones automáticas que el usuario novato desconoce. Un ejemplo de ello es que cuando se crea un perfil (salvo que se preste atención para impedirlo) se envía de manera automática una solicitud de invitación a unirse a todas las personas anotadas en el directorio del correo electrónico.
- Existen demasiadas funciones potentes para compartir todo tipo de cosas en Internet, y se desconocen los efectos que tienen

a priori, como por ejemplo el etiquetado de las fotos, que provoca que puedan estar visibles para múltiples usuarios.

- Los menores desconocen la repercusión y el alcance de lo que publican.

- Las redes sociales guardan información muy precisa, y es tanta la información que contienen, que un usuario puede ser víctima de un rastreo intensivo.

- Las redes sociales presentan al usuario opciones de manera demasiado interesada, lo que suele implicar pérdida de privacidad. Tras la supuesta intención de ayudar y agilizar, ponen muy poco énfasis en que el usuario configure las opciones de privacidad de los datos y, sin embargo, insisten en que complemente su perfil con todo tipo de cuestiones.

En definitiva, es la posibilidad de comunicación entre las personas a través de las distintas herramientas que provee el ciberespacio, unida a las facilidades que éstas presentan para la publicación indiscriminada de la vida personal, lo que hace posibles los ataques de tipo personal en el ciberespacio. Y es que como afirma Miró (2012), en relación con las relaciones sociales en el ciberespacio, lo que es cierto es que “todas las esferas personales que, al relacionarse con los demás, pueden ser puestas en peligro, lo están también en el ciberespacio; y que todas las conductas criminales de ataque a las personas que no requieran una inmediatez física también van a acabar realizándose por medio de Internet” (p. 124).

2. ANÁLISIS DE LA PREVALENCIA DE VICTIMIZACIÓN POR CIBERACOSO NO SEXUAL EN MENORES

2.1. Prevalencia de victimización por ciberacoso no sexual en menores en España

Los estudios realizados hasta la fecha en España muestran discrepancias en cuanto a la prevalencia de victimización: los datos varían desde el 0,4% (Defensor del Pueblo, 2007) al 44,1% (Calvete *et al.*, 2010). Al hacer un breve repaso de los estudios realizados en España en relación a esta cuestión, el único estudio elaborado hasta la fecha con una muestra representativa de la población juvenil española es el del Defensor del Pueblo, que encontró que el 5,5% habían sido víctima de *cyberbullying*. De ese conjunto de víctimas, el 5,1% lo habían sido de forma esporádica y sólo el 0,4% lo habían sufrido de forma muy frecuente.

Esta forma de presentar los datos, distinguiendo entre el ciberacoso leve y el severo, es empleada posteriormente por otros autores, cuyos resultados obtenidos son similares. Este es el caso del estudio llevado a cabo por Ortega *et al.* (2008), con una muestra de estudiantes cordobeses (en España), encontrando un porcentaje de ciberacoso poco frecuente, del 9,3% frente al 1,5% que sufre un ciberacoso frecuente. Por su parte, el Observatorio Estatal de la Convivencia (2008) cifró la prevalencia hasta en un 7% para el acoso poco frecuente y en un 2,1% en el severo. Por último, Avilés (2009) y Calmaestra (2011) encontraron porcentajes similares: cercanos al 5% cuando es una baja frecuencia y en un 0,5% y un 1,2%, respectivamente, cuando se trata de un acoso severo.

Pero la anterior forma de presentar los datos no es la única encontrada: otra práctica habitual es presentar el porcentaje total de victimizados, independientemente de cómo haya sido medido. Esta forma de medición presenta generalmente porcentajes superiores, como puede observarse en el estudio llevado a cabo por la Asociación Protégeles (2010), a partir del cual se indicó que la prevalencia de victimización era del 19%. En ese mismo año, Estévez *et al.* (2010) encontraron en un estudio realizado en Vizcaya, un 30,1%; y también, Buelga *et al.* (2010) obtuvieron en una muestra de 2101 estudiantes de la Comunidad Valenciana, un porcentaje del 24% cuando el ciberacoso era realizado a través del móvil, y un 29% cuando era realizado a través de Internet.

Un punto de vista totalmente distinto es el adoptado por Sureda *et al.* (2008), que llevaron a cabo un estudio con una muestra de estudiantes de las Islas Baleares, que se orientó a buscar la prevalencia en función del tipo de victimización. En este estudio, un 13,4% de la muestra estudiada había sido víctima de difusión de información privada y de rumores, un 11,6% había recibido insultos y amenazas, y un 8,8% afirmó que imágenes indiscretas o comprometidas de ellos habían sido difundidas.

2.2. Prevalencia de victimización por ciberacoso no sexual en otros países

Esta variedad de resultados en los estudios no sólo sucede en España, sino que también se replica en otros países. Patchin e Hinduja (2012), tras el análisis de diferentes estudios internacio-

nales, determinaron que los porcentajes de prevalencia varían del 6% al 40%, e incluso llegan al 72% si tenemos en cuenta el estudio de Juvonen y Gross (2008).

Haciendo un breve repaso de los estudios llevados a cabo en otros países y comenzando por Estados Unidos, Kowalski y Limber (2007) cifraron la prevalencia en el 11%. Porcentajes más altos encontraron Ybarra *et al.* (2007), con un 35% de ciberracoso (siendo el 26% un acoso poco severo y el 8% muy severo). Hinduja y Patchin (2008), sin embargo, obtuvieron un porcentaje de cibervictimización por acoso del 32% entre los hombres y un 36% entre las mujeres, mientras que Hoff y Mitchell (2009) encontraron un cifra superior, con un 56,1%.

En Canadá, Li (2006) realizó un estudio con 264 estudiantes y determinó un porcentaje de cibervictimización del 25%; y un año más tarde encontraba un porcentaje superior: 28,9% (Li, 2007). Posteriormente realizó otro estudio con una muestra de China y situó la prevalencia en este país en un 33% (Li, 2008). Años después, en Israel, la prevalencia encontrada fue de un 16,5% (Olenik-Shemesh, 2012). En Australia, sin embargo, según Price and Dalglish (2010), la prevalencia varía en función de la edad: el 49% entre los jóvenes entre 10 y 12 años, el 52% entre los que tienen 13 y 14 años, y el 29% entre los que tienen 15 y 16 años.

Similares resultados se han encontrado en países europeos. Así, en Grecia, el estudio llevado a cabo por Kapatzia y Sygkollitov (2007) arrojó resultados que variaron desde un 0,9% (cuando el acoso era con una frecuencia de una vez por semana), hasta un 14,7% (cuando la frecuencia era de una vez al mes). Sin embargo, en Reino Unido, el porcentaje de cibervictimización por acoso se sitúa en un 22% (Smith *et al.*, 2008) mientras que en Suecia el porcentaje encontrado es inferior al resto de países: 5,3% (Slonje y Smith, 2008). En Holanda se acerca más a los niveles de Reino Unido: 23% (Dehue *et al.*, 2008). En Bélgica, Vandebosch y Van Cleemput (2009) encontraron un porcentaje de victimización del 11%; y por último, en Italia, el porcentaje de victimización encontrado fue de un 10% para los hombres, frente al 15% de las mujeres (Brighi *et al.*, 2012).

2.3. Análisis de las metodologías empleadas

Las variaciones encontradas en los resultados podrían deberse a una cuestión cultural, pero lo que parece tener más

fuerza, y así han apuntado otros autores, es la diversidad en las diferentes metodologías empleadas (Jackson y Cohen, 2012; Sabella, Patchin y Hinduja, 2013; Tokunaga, 2010; Vandebosch y Van Cleemput, 2009). Son muchos los puntos discordantes entre los estudios que impiden hacer una valoración global y comparar resultados. El primero de ellos es la definición empleada, que tiene efecto directo sobre el instrumento empleado. Así, se observa que en muchos casos, en los que se emplean cuestionarios creados *ad hoc*, los autores se limitan a preguntar directamente si el sujeto se ha sentido acosado a través de las nuevas tecnologías, como ocurre en el trabajo de Calmaestra (2011), en el que se preguntaba: “¿Has sufrido *bullying* a través de Internet en los últimos dos meses?” (p. 159). En cambio, otros autores optan por preguntar directamente por formas concretas de acoso, como por ejemplo haber sido insultado o amenazado por medio de Internet o del móvil (Calvete *et al.*, 2010; Juvonen y Gross, 2008; Ybarra *et al.*, 2007). El principal problema es que no siempre se pregunta por las mismas formas de victimización, y a esto debemos sumarle que hay autores que sólo hacen hincapié en el medio empleado, por lo que encontramos resultados que hacen referencia al móvil, a Internet en general o, de forma concreta, a las herramientas de comunicación que existen (salas de chat, redes sociales, mensajería instantánea, etc.). Y finalmente, derivadas de la definición, encontramos diferencias en si una víctima debe ser entendida como tal cuando sufre una agresión de manera continuada, o tan sólo cuando la ha sufrido una vez.

La segunda gran diferencia viene dada por la delimitación temporal. Algunos estudios se limitan a preguntar a las potenciales víctimas si alguna vez han sufrido alguna forma de victimización, mientras que otros delimitan el acoso a un tiempo concreto que varía desde el último año, a los dos últimos meses, o incluso a la última semana.

La tercera gran diferencia es la delimitación del concepto de agresor del acoso. La mayoría de los estudios centrados en la victimización de menores a través de Internet tienen como objetivo el análisis del *cyberbullying* y, generalmente, los investigadores, al conceptualizar ese tipo de conductas, hacen referencia a que el agresor debe ser un compañero de clase o, al menos, del colegio. Sin embargo, esto no siempre es así. Y precisamente este hecho lo que hace es limitar el conocimiento sobre la victi-

mización que sufren los menores a través de Internet. El Informe publicado por la Diputación Provincial de Alicante y el Centro Crimina (Miró, 2014a) indica claramente que los menores que son victimizados por medio de Internet, además de por sus compañeros de clase o de la escuela, también lo son por personas que han sido conocidas a través de la red y, especialmente, por conocidos de otros espacios físicos, como son los compañeros de las actividades extraescolares, vecinos o amigos de otros amigos. Por tanto, ante la decisión de no delimitarse la procedencia del ataque, puede inferirse que los porcentajes de victimización pueden ser superiores.

Los estudios que no han limitado la procedencia del ataque suelen emplear muestras muy amplias, abarcando todos los tramos de edad, de los 16 a los 65 años de edad (Bocij, 2003), aunque la mayoría selecciona muestras universitarias (Finn, 2004; Henson, 2011; Holt y Bossler, 2009; Marcum, 2008; Marcum *et al.*, 2010; Ngo y Paternoster, 2011; Reyns, 2010; Reyns *et al.*, 2011). No es el caso del trabajo de Yucedal (2010), que emplea una muestra que varía de los 12 a los 83 años, y el resultado obtenido por este autor es una prevalencia de ciberacoso a través de la red del 20,6%.

Finalmente, es necesario apuntar que la fecha en que se realizó el estudio también puede impedir la posibilidad de hacer comparaciones, dado que el elemento empleado para realizar la victimización son las TIC, que están en permanente cambio y revolución (Miró, 2012). En este sentido, en la medida en que se vayan mejorando los sistemas de comunicación, como así ha pasado con la evolución del SMS a sistemas de mensajería instantánea (como el WhatsApp o el Line) que permiten realizar otras funciones (como el envío gratuito de imágenes o archivos de voz), se ampliarán las posibilidades de crear nuevas formas de victimización. Y en la medida en que las TIC se vayan adentrando en nuestras vidas, y especialmente en la de los jóvenes (es decir, cuando su uso se haga todavía más extensivo), será probable que haya una mayor cibervictimización.

En definitiva, se hace claramente necesario establecer una metodología común (Calvete *et al.*, 2010) que permita comparar resultados, comprender mejor los fenómenos, para así poder establecer estrategias de prevención más eficaces.

3. FACTORES DE RIESGO DE VICTIMIZACIÓN DE CIBERACOSO NO SEXUAL EN MENORES

3.1. *El papel de las características demográficas en el ciberacoso*

Del mismo modo en que ocurre con la prevalencia, los autores tampoco se ponen de acuerdo en determinar si el ciberacoso afecta más a los hombres o a las mujeres, sin embargo, los resultados encontrados hasta la fecha pueden dividirse en tres grandes grupos. El primero de ellos sería el conformado por aquellos que han concluido que el género no tiene ningún efecto en el ciberacoso, o lo que es lo mismo, que esta conducta se da en la misma medida tanto en los hombres como en las mujeres (Clavete *et al.*, 2010; Finn, 2004; Holt y Bossler, 2009; Jackson y Cohen, 2012; Juvonen y Gross, 2008; Olenik-Shemesh, 2012; Vandebosch y Van Cleemput, 2009; Wigderson y Lynch, 2013; Williams y Guerra, 2007). Un segundo grupo de autores sería el de aquellos que han concluido que son los hombres quienes en mayor medida sufren el acoso a través de las TIC, y en esta posición destacan los trabajos tanto de Avilés (2009b), que encontró que el 6% de los hombres son víctimas frente al 5% de las mujeres, como de Li (2007), que halló diferencias mucho mayores: el porcentaje de hombres víctimas de ciberacoso era del 31,2% frente al 26,3% de las mujeres.

Finalmente, el tercer grupo de trabajos concluye que son las mujeres quienes tienen más riesgo de ser víctimas de ciberacoso. En este sentido, autores como Calmaestra (2011), Kowalski y Limber (2007) o Smith *et al.* (2006) determinaron que las mujeres son las que en mayor medida sufren el ciberacoso y, como apuntan Ortega *et al.* (2008), independientemente de la frecuencia de la aparición. También Wang *et al.* (2009) determinaron que son las mujeres las que más sufren el ciberacoso y, en cambio, son los hombres quienes más lo ejercen. Por su parte, Hoff y Mitchell (2009) aún encontraron diferencias superiores, ya que en su estudio, en el 72,1% de los casos las víctimas eran mujeres frente al 27,9% que eran hombres. Determinante también fue el estudio de Li (2007b) en el que halló que el 60% de las víctimas eran mujeres. Sin embargo, los resultados no siempre son tan concluyentes: Brighi *et al.* (2012) encontraron una diferencia de cinco puntos porcentuales entre ambos sexos (el 15% de las mujeres fueron victimizadas frente al 10% de los hombres); años atrás, en una investigación anterior, Ybarra *et*

al. (2006) habían hallado que el 58% de los ciberacosados eran mujeres, mientras que en otra posterior pudieron matizar que éstas lo sufren en mayor medida cuando el acoso ocurre de manera infrecuente (55%), pero también cuando ocurre de manera frecuente (50,8%) (Ybarra *et al.*, 2007). No obstante, debemos matizar que en este último caso, analizando los porcentajes (sobre todo en el caso del acoso severo), el resultado puede ser estadísticamente significativo por el efecto del gran tamaño de la muestra empleado, y no de una realidad efectiva.

Independientemente de esta clasificación general en tres grandes grupos, hay un sector de autores que no se podrían incluir en ninguno de ellos, por entender que en la mayoría de los casos son las mujeres las que sufren la victimización, salvo en determinados supuestos en que son los hombres los que más la sufren. Buelga *et al.* (2010) indican que el ciberacoso es más frecuente en las mujeres, salvo para dos conductas, el hostigamiento y la persecución, en las que los hombres son los protagonistas de la victimización. Ybarra *et al.* (2007) encontraron resultados similares: las mujeres tienen más probabilidades de ser víctimas de ciberacoso de manera puntual, mientras que los hombres tienen más posibilidades de serlo frecuentemente.

Tradicionalmente, las mujeres jóvenes siempre se han visto envueltas en situaciones de violencia de tipo psicológico o verbal, mientras que los hombres suelen protagonizar formas de violencia física o amenazas (Defensor del Pueblo, 2007; Olweus, 2005). Teniendo en cuenta que la criminalidad social que más se suele ejercer a través de los medios electrónicos es lanzar insultos o rumores, no es de extrañar que sean las mujeres quienes más lo sufren (Miró, 2014a). Esto viene a ser corroborado por algunos de los estudios que han analizado el género de los que amenazan a otros a través de Internet, y que han evidenciado que son los hombres quienes los realizan, pero también quienes los reciben (Buelga *et al.*, 2010).

Y del mismo modo en que los autores no se ponen de acuerdo en determinar el género de las víctimas, tampoco existe un acuerdo en la influencia de la edad para ser víctima del ciberacoso. Hay un grupo de autores que no han encontrado diferencias en función de la edad (Dehue *et al.*, 2008; Hinduja y Patchin, 2008; Kowalski y Limber, 2007; Slonje y Smith, 2008; Ybarra y Mitchell, 2008; Ybarra *et al.*, 2007). Sin embargo, tampoco se ponen de acuerdo en qué tramos de edad existe más riesgo de victimi-

zación. Algunos autores han determinados, que los jóvenes con mayor edad tienen más probabilidades de ser víctimas (Kowalski y Limber, 2007; Patchin y Hinduja, 2006), y en sentido similar, Slonje y Smith (2008) encontraron que hay un mayor número de víctimas entre el grupo de los que tienen entre 15 y 18 años, que entre los que tienen de 12 a 15. En cambio, Calvete *et al.* (2010) determinaron que los grupos en los que sucede mayor violencia se encuentra entre los que tienen de 13 a 15 años.

Otros autores, sin embargo, mantienen una posición contraria al concluir que no hay relación entre la edad y la victimización (Beran y Li, 2007; Didden *et al.*, 2009; Juvoven y Gross, 2008; Katzer *et al.*, 2009; Patchin y Hinduja, 2006; Smith *et al.*, 2008; Varjas, Henrich, y Meyers, 2009; Wolak *et al.*, 2007; Ybarra, 2004). Los diferentes resultados encontrados en estas investigaciones pueden deberse, como ha apuntado Tokunaga (2010), a los diversos rangos de edad empleados, no pudiendo establecer conclusiones más exactas respecto a la influencia de la edad en la victimización.

3.2. Factores de victimización relacionados con la personalidad

Algunos autores han tratado de identificar otras variables que pudieran estar relacionadas con la cibervictimización, de manera que pudieran servir para dar explicación o, por lo menos, predecir situaciones de riesgo. En este sentido, además de las variables sociodemográficas, se ha hecho especial hincapié en aquellas relacionadas con la personalidad y las relaciones sociales.

Una de las variables que más se ha estudiado hasta el momento es el sentimiento de soledad (Brighi *et al.*, 2012; Calmaestra, 2011; Olenik-Shemes *et al.*, 2012; Şahin, 2012), perspectiva según la cual, los jóvenes que experimentan soledad (tanto emocional como social) pueden tener más dificultades para el desarrollo de sus relaciones sociales en el espacio físico, por lo que buscarían mantenerlas a través de Internet (especialmente de forma anónima) y ello les llevaría en muchas ocasiones a estar en situaciones de riesgo (Olenik-Shemes *et al.*, 2012). Además de la soledad hay otras variables psicológicas, que afectan al desarrollo normal de las relaciones y que tienen relación con el ciberacoso, como la depresión (Didden *et al.*, 2009; Mitchell, Wolak y Finkelhor, 2007; Smith *et al.*, 2008; Wang *et al.*, 2011; Wong, Chan y Cheng, 2014; Yang *et al.*, 2013; Ybarra, 2004) y la baja autoestima (Fredstrom, Adams y Gilman, 2011; Calmaes-

tra, 2011; Campfield, 2008; Didden *et al.*, 2009; Wong, Chan y Cheng, 2014). Por su parte, Didden *et al.* (2009), hallaron el interesante dato de que había relación entre la baja inteligencia y el ciberacoso.

El sentimiento de satisfacción con la vida también se ha estudiado como factor relacionado, al entender que un buen nivel de satisfacción se relaciona con el desarrollo positivo y, por contra, un bajo nivel está relacionado con llevar a cabo más conductas de riesgo (Sumter *et al.*, 2012). También se ha relacionado con el abuso de sustancias como el alcohol, la marihuana o inhalantes (Hinduja y Patchin, 2008; Sinclair *et al.*, 2012; Ybarra, Espelage y Mitchell, 2007). Pero también la adicción a Internet, entendida como una necesidad continua de conectarse a ella, que afecta gravemente al estado de ánimo y que contribuye al aislamiento social y a la destrucción de sus relaciones, es otro de los factores que se ha descubierto que tiene relación con el ciberacoso (Casas, Del Rey y Ortega, 2013; Juvonen y Gross, 2008; Vandebosch y Van Cleemput, 2009; Ybarra y Mitchell, 2004a).

Por otro lado, también se ha comprobado la relación del ciberacoso con el apoyo social percibido (Williams y Guerra, 2007), pues los menores que se sienten menos apoyados por sus padres tienen más problemas de ciberacoso (Wang *et al.*, 2009). Y es que la falta de vínculos emocionales (Ybarra, Diener-West y Leaf, 2007) y una pobre relación paterno-filial (Ybarra y Mitchell, 2004a) tienen efectos negativos, y esto, a su vez, se debe a que los menores no suelen contar a sus padres lo que están sufriendo: tan solo entre el 12,3% y el 21,1% (dependiendo de si se emplea móvil o Internet) le cuenta a sus padres lo que les está pasando, reduciéndose ese porcentaje hasta el 3,6% en el caso de contárselo a los profesores (Ortega *et al.*, 2008).

Sin embargo, hay que tener cautela a la hora de entender estas variables como predictores, pues no siempre se tiene en cuenta la temporalidad de las variables (Ybarra, 2004), no pudiéndose saber si se trata de predictores de la cibervictimización o, por el contrario, si son consecuencias derivadas de ella. Tal y como apuntan Raskauskas y Stolz (2007), el 93% de los que han sido víctimas de ciberacoso, también han desarrollado efectos negativos, y en este sentido, la literatura muestra las variables antes mencionadas como consecuencia de la victimización, como es el caso de la depresión (Kowalski y Limber, 2013; Turner *et al.*, 2013) y una baja autoestima (Estévez *et al.*, 2010), así

como otras como la ansiedad (Kowalski y Limber, 2013; Ybarra *et al.*, 2006), el consumo de sustancias (Mitchell *et al.*, 2007), el neuroticismo (Corcoran *et al.*, 2012), y la ideación suicida (Bauman *et al.*, 2013; Kowalski y Limber, 2013; Turner *et al.*, 2013; Yang *et al.*, 2013).

3.3. Factores de victimización relacionados con las actividades cotidianas

Sin negar el aporte de las variables psicológicas y sociodemográficas a la explicación de la cibervictimización, ha surgido en los últimos años una corriente de autores que tratan de explicar la victimización a partir de las actividades cotidianas que realizan los menores en el ciberespacio (Bossler y Holt, 2010; Miró, 2013c; Ybarra y Mitchell, 2004a). Estos autores pretenden demostrar, en otras palabras, que aquello que hagan los menores en el ciberespacio determinará en buena medida su riesgo de cibervictimización (Patchin y Hinduja, 2006). No se trata, y tampoco lo pretende así este trabajo, de considerar que son estas las únicas variables que inciden en la cibervictimización, sino en reconocer que también ellas pueden constituir un interesante foco de atención para, en particular, establecer posteriormente estrategias de prevención.

En este mismo sentido, Wolak, Mitchell y Finkelhor (2007) ya identificaron el mayor uso de Internet como factor de riesgo de la cibervictimización menores, sin embargo, no son los únicos autores que han encontrado una correlación positiva entre el mayor número de horas de uso de Internet y la cibervictimización (Beckman *et al.*, 2013; Casas *et al.*, 2013; Didden *et al.*, 2009; Mishna *et al.*, 2012; Ybarra y Mitchell, 2004a). Así también, Juvonen y Gross (2007) encontraron que este factor aumenta la probabilidad de cibervictimización en un 60% (OR=1,45).

Otros autores, no se han centrado tanto en el tiempo pasado en Internet, sino en el uso concreto de herramientas que proporciona Internet para la comunicación interpersonal. De este modo, y aunque está más asociado a la comunicación profesional, el correo electrónico fue una de las primeras herramientas que se asoció con la cibervictimización de menores (Ybarra y Mitchell, 2004a). También lo han sido el chat (Sengupta y Chaudhuri, 2011; Ybarra y Mitchell, 2004a), el uso de la *webcam* (Juvonen y Gross, 2007), y especialmente las que han adquirido mayor protagonismo por los jóvenes en los últimos años: el uso

de blogs (Mitchell, Wolak y Finkelhor, 2008), las redes sociales (Sengupta y Chaudhuri, 2011) y la mensajería instantánea (Sengupta y Chaudhuri, 2011), que según Juvonen y Gross (2007) aumenta la probabilidad en 2,8 veces.

A partir de este punto, es necesario cuestionarse si es el mero uso de las herramientas lo que pone en riesgo a un menor, o es lo que se puede hacer a través de éstas. En este sentido, Mitchell, Wolak y Finkelhor (2008) explican para el caso de los blogs, que son sitios donde los usuarios muestran sus pensamientos e invitan a la retroalimentación de otros usuarios; pensamientos que se pueden traducir en comentarios desagradables, amenazantes, en definitiva negativos, que pueden afectar a los menores. De forma similar Sengupta y Chaudhuri (2011), en relación con las redes sociales, argumentan que el riesgo no viene determinado por el hecho de tener un perfil, sino porque son potenciales vehículos para que los jóvenes cometan conductas de riesgo (Duncan, 2007). Y es que de acuerdo con Casas *et al.* (2013) uno de los factores de riesgo de la actividad en el ciberespacio es que se tiene poco control sobre la información personal que se vierte y, probablemente, los menores no sean conscientes de los riesgos derivados de tal acción. Así, los jóvenes priorizan su deseo de popularidad a costa de su privacidad e intercambian de manera continua imágenes, vídeos y otras informaciones personales.

Es precisamente la cesión voluntaria de información personal, uno de los factores que con mayor fuerza inciden en la victimización social (Marcum, 2008; Marcum *et al.*, 2010; Patchin y Hinduja, 2010), pues se vierte todo tipo de información que pone en peligro a los jóvenes: fotos personales (Reyns, 2010; Sengupta y Chaudhuri, 2011), nombre del colegio, número de teléfono (Sengupta y Chaudhuri, 2011), contraseñas (Mishna *et al.*, 2012; Patchin y Hinduja, 2010; Sengupta y Chaudhuri, 2011), nombre completo, estado civil, orientación sexual, dirección de correo, intereses y aficiones (Reyns, 2010). Y no sólo se está en riesgo cuando se facilita información personal a otros usuarios publicándola en las redes sociales o a través de otros medios, sino que como ha demostrado Miró (2013c; 2015a), aunque con población adulta, también hay otra forma de poner a disposición de otros la información personal que supone un riesgo y es guardando información en los sistemas electrónicos con los que navegan por Internet.

Otra de las actividades que permiten las herramientas de comunicación es el contacto (la interacción) con personas desconocidas (extrañas), factor éste que también está altamente relacionada con la victimización social (Marcum *et al.*, 2010; Misha *et al.*, 2012; Mitchell, Wolak y Finkelhor, 2008; Sengupta y Chaudhuri, 2011; Vandebosch y Van Cleemput, 2009), especialmente para los casos en los que la víctima desconoce la identidad del agresor (Wolak, Mitchell y Finkelhor, 2007).

Por otro lado, también se ha estudiado que la víctima más probable es el agresor, y en este sentido Reyns *et al.* (2011) determinaron que el factor más relevante es el comportamiento desviado *online*. Así, los que contactan con alguien en repetidas ocasiones cuando le han pedido que pare, e incluso acosan o molestan a alguien por Internet, solicitan sexo a alguien que no quiere, amenazan por Internet, descargan música o películas piratas y envían o reciben imágenes de contenido sexual, tienen más probabilidades de sufrir *cyberharassment*. Concretamente, tienen 6 veces más de probabilidad de que alguien contacte en repetidas ocasiones cuando previamente se le ha pedido que no lo haga, 10 veces más de sufrir acoso *online*, 15 veces más de recibir solicitudes de sexo no deseadas y 14 veces más de sufrir *cyberstalking*.

Este punto se ha estudiado especialmente relacionando el *bullying* tradicional con el *cyberbullying*, explicando que los que usan Internet para acosar a otros tienen mayor probabilidad de acabar siendo víctimas (Vandebosch y Van Cleemput, 2009; Wolak, Mitchell y Finkelhor, 2007). Y no sólo los que agreden a través de Internet, también es un factor de riesgo haber sido agresor en el espacio físico (Misha *et al.*, 2012), así como haber sido víctima (Brighi *et al.*, 2012; Li, 2007; MacDonal y Roberts-Pittman, 2010; Vandebosch y Van Cleemput, 2009; Ybarra y Mitchell, 2004b) y espectador de *bullying* tradicional (Vandebosch y Van Cleemput, 2009). No es de extrañar, por tanto, que algunos autores sostengan la idea de que el acoso *online* sea una extensión de la intimidación tradicional. Sin embargo, otros autores como Kowalski y Limber (2013), consideran que, a pesar de que hay una relación evidente entre ambos fenómenos porque hay algunos que ven Internet como otro método más para intimidar o para vengarse por haber sido intimidado en la escuela, hay otros que lo ven como un mecanismo para decir y hacer cosas que nunca harían cara a cara.

Finalmente, también se ha considerado relevante por algunos autores el lugar físico en el que se encuentra el menor a la hora de navegar por Internet. Así, los que usan el ordenador en zonas privadas de la casa como la habitación, tienen más riesgo de ser victimizados que los que lo hacen en espacios públicos (Sengupta y Chaudhuri, 2011) y en otros lugares como la casa de los amigos (Marcum, 2008). También es un factor de victimización el tener mayores privilegios por parte de los padres para el uso de Internet (Marcum, 2008). En cambio, la instalación de filtros y otros programas informáticos de control parental no tienen efecto en la exposición de los menores a contenidos nocivos, ni sobre la prevención de la victimización social (Marcum, 2008; Sengupta y Chaudhuri, 2011). Esto puede deberse, como argumentan Holt y Bossler (2009), a que este tipo de programas no están destinados a evitar el acoso, sino que han sido creados para impedir ataques relacionados con el *software* malicioso, por lo que autores como Sengupta y Chaudhuri (2011) consideran que es más útil hablar con los hijos sobre los riesgos a los que se exponen que el uso de dispositivos de monitoreo.

Todos estos resultados obtenidos en las investigaciones confirman la idea de Ybarra y Mitchell (2004a): los menores que hacen uso de Internet para interactuar con otras personas, tienen más riesgo que aquéllos que lo emplean para hacer otras actividades como la descarga de *software*. Por ello, las actividades cotidianas en el ciberespacio son predictores significativos de la victimización, particularmente para el caso de los menores, a lo que se suma que a mayor número de actividades sociales distintas en el ciberespacio, mayor será la probabilidad de sufrir acoso, injurias o cualquier otra actividad similar.

SÉPTIMA LECTURA

Portilla Contreras, G. (2017). *El retorno de la censura y la caza de brujas de anarquistas*. Mirò Linares, F. (Dir.). Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet. Madrid, España. Editorial Marcial Pons, pp. 87-106.

Hoy el legislador español ha rehabilitado la censura, el nuevo censor prohíbe los textos que resultan peligrosos por su crítica corrosiva, apasionamiento, humor negro, ideología (asistimos de hecho a una nueva caza de brujas del anarquismo). En nuestros días, el escritor, el librero, el editor, está sometido a una jurisdicción de sospecha.

FERNANDO MIRÓ LLINARES
(Dir.)

**COMETER DELITOS
EN 140 CARACTERES**

**El Derecho penal ante el odio
y la radicalización en Internet**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2017

La colección *Derecho penal y Criminología* publica aquellos trabajos que han superado una evaluación anónima realizada por especialistas en la materia, con arreglo a los estándares usuales en la comunidad académica internacional.

Los autores interesados en publicar en esta colección deberán enviar sus manuscritos en documento *Word* a la dirección de correo electrónico manuscritos@derechopenalycriminologia.es. Los datos personales del autor deben ser aportados en documento aparte y el manuscrito no debe contener ninguna referencia, directa o indirecta, que permita identificar al autor.

Puede encontrarse más información sobre la colección en la siguiente página web: www.derechopenalycriminologia.es.

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Fernando Miró Llinares (dir.)
© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ (91) 304 33 03
www.marcialpons.es
ISBN: 978-84-9123-437-1
Depósito legal: M. 33.556-2017
Diseño de la cubierta: ene estudio gráfico
Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.
Impresión: ARTES GRÁFICAS HUERTAS, S. A.
C/ Antonio Gaudí, 15
Polígono Industrial El Palomo - 28946 Fuenlabrada (Madrid)
MADRID, 2017

EL RETORNO DE LA CENSURA Y LA CAZA DE BRUJAS ANARQUISTAS

Guillermo PORTILLA CONTRERAS

Universidad de Jaén

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS.—2. EL CASO DE LOS TITIRITEROS Y EL LIBRO: *CONTRA LA DEMOCRACIA*. ¿DISCURSO DEL ODIO O ACOSO AL DISCURSO?—3. FOMENTAR, PROMOVER, INCITAR DIRECTA E INDIRECTAMENTE AL ODIO, HOSTILIDAD, DISCRIMINACIÓN O VIOLENCIA: 3.1. Art. 510.1.a).—4. ¿JUSTIFICAN LA DM DE 2008 Y LA STC 235/2007 LA CONDUCTA DESCRITA EN EL APARTADO 1.A) DEL ART. 510?—5. PRODUCCIÓN, ELABORACIÓN, POSESIÓN, DISTRIBUCIÓN, VENTA, ETC., DE ESCRITOS U OTROS MATERIALES IDÓNEOS PARA GENERAR UN PELIGRO PARA LA IGUALDAD O SEGURIDAD: 5.1. Art. 510.1.b).—6. NEGACIÓN, TRIVIALIZACIÓN O ENALTECIMIENTO PÚBLICO DE LOS DELITOS DE GENOCIDIO, DE LESA HUMANIDAD O CONTRA LAS PERSONAS Y BIENES PROTEGIDOS EN CASO DE CONFLICTO ARMADO.—7. ENALTECIMIENTO O JUSTIFICACIÓN DE DELITOS DISCRIMINATORIOS: 7.1. Art. 510.2.b).—8. INHABILITACIÓN ESPECIAL Y DESTRUCCIÓN DE LIBROS, BLOQUEO DE ACCESO A INTERNET, ETCÉTERA.—9. BIBLIOGRAFÍA.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El rey de Prusia, Federico Guillermo IV, promulgó el 24 de diciembre de 1841 las Instrucciones para la censura como respuesta a las demandas de libertad de prensa. Con arreglo a las mismas, por atentar contra los valores religiosos, se prohibieron obras de Kant, Fichte, Spinoza, Feuerbach, Bruno Bauer, entre otros. Tal situación condujo a Karl Marx a publicar en la *Gaceta de la Tarde* de Mannheim un alegato en defensa de la libertad de expresión: «La ley me autoriza a escribir pero debo hacerlo con un estilo diferente al mío. Soy un humorista pero la ley me ordena a escribir seriamente. El gris es el único color autorizado de la libertad, es el color oficial. La sombra es la única imagen que le corresponde [...] la censura de la tendencia y la tendencia de la censura son un regalo de las nuevas Instrucciones liberales [...]. La auténtica cura de la censura es su abolición» (1983: 25 y ss.).

Hoy el legislador español ha rehabilitado la censura, el nuevo censor prohíbe los textos que resultan peligrosos por su crítica corrosiva, apasionamiento, humor negro, ideología (asistimos de hecho a una nueva caza de brujas del anarquismo). En nuestros días, el escritor, el librero, el editor, está sometido a una jurisdicción de sospecha. A las leyes propias del terrorismo que no suelen castigar lo que se hace sino lo que se piensa, coartando la esencia íntima del sujeto. En resumen, esta legislación es un insulto a la inteligencia al convertir en tipos autónomos lo que no son más que participaciones intentadas, actos preparatorios, tentativas de inducción. Pues bien, la incitación al odio prevista en el actual art. 510, es uno de esos delitos que simbolizan el desprecio por la libertad de expresión, creencia e ideología, que posibilita la prisión de titiriteros y hubiera llevado a la hoguera el libro *Incitación al Nixonicidio y alabanza a la Revolución Chilena* y a Pablo Neruda a la cárcel.

2. EL CASO DE LOS TITIRITEROS Y EL LIBRO CONTRA LA DEMOCRACIA. ¿DISCURSO DEL ODIOS O ACOSO AL DISCURSO?

Uno de los mayores ataques a la libertad de expresión que se recuerdan en España tuvo lugar en 2016 con la detención de los dos integrantes de la compañía «Títeres desde Abajo». Ambos fueron acusados por el contenido de la obra *La Bruja y Don Cristóbal*, como autores de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y del cometido con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas.

La protagonista es una bruja que vive en una casa «okupa» y que a lo largo de la obra se enfrenta a diversas instituciones representativas del modelo capitalista: propiedad, religión, poder policial y judicial. En la trama, la bruja se ve obligada a luchar con el propietario que la viola, con una monja que pretende quedarse con el bebé fruto de la violación, con un policía que, con la finalidad de inculparla por un delito de terrorismo, introduce una prueba falsa, la pancarta «Gora Alka-ETA» y, finalmente, con un juez que proyecta ejecutarla. Además, a la derecha del escenario aparece un cuadernillo, con interior en blanco, en cuya portada puede leerse: «Contra la democracia», título que coincide con el de un libro elaborado por los Grupos Anarquistas Coordinados que, en opinión de los tribunales españoles, encarna su ideario.

Estos son los hechos: ¿dónde están los delitos?

Para desentrañar el misterio recurriré al auto de la Audiencia Nacional de 6 de febrero de 2016, TOL5.642.512, que decretó la prisión preventiva incondicional de los dos titiriteros alegando el riesgo de fuga y la posible desaparición de los medios de prueba [...]. ¿A qué medios de prueba se refiere? ¿Los títeres?, ¿el cuaderno en blanco «Contra la democracia»?

En el intento de comprender que es lo que pasó por la mente del tribunal para privarlos de libertad, en el caso de descartarse la prevaricación, solo nos quedaría la exposición pública de la reproducción de la portada del libro: «Contra la democracia» y «la exhibición de un cartel, con la leyenda “Gora Alka-ETA”». Según la Audiencia Nacional, son elementos suficientes que confirman la existencia de «un delito de terrorismo, pues tal hecho, supone enaltecer o justificar, públicamente los delitos terroristas cometidos no solo por la Organización Terrorista ETA, sino también por AL-QAEDA, pues los propios investigados han manifestado en sus declaraciones judiciales que la expresión Alka es un “juego de palabras”, referido a la Organización terrorista antes citada, por lo que la traducción del contenido de la pancarta o cartel exhibidos viene a significar “VIVA AL-QAEDA-ETA”, o de quienes han participado en la ejecución de actos terroristas, conductas estas tipificadas en el art. 578 del Código Penal vigente».

Ulteriormente, dando marcha atrás respecto al delito de enaltecimiento de terrorismo, concibiendo entonces el verdadero significado de la representación, la Audiencia interpreta que el cartel no era una loa al terrorismo sino una prueba falsa introducida por el guñol (policía). En efecto, el Auto de la Audiencia Nacional de 28 de junio de 2016 (AAN 107/2016 - ECLI: ES: AN: 2016: 107A), admitió que no concurría la intencionalidad exigible «Al faltar este elemento del tipo subjetivo, esto es un verdadero elogio, enaltecimiento, alabanza o justificación de la actividad terrorista, no pueda calificarse los hechos como delito de enaltecimiento del terrorismo del art. 578 del Código Penal».

Finalmente, el Auto de 5 de enero de 2017, del Juzgado de Instrucción núm. 46 de Madrid, consideró, ahora respecto al delito del art. 510 CP, que no aparecía debidamente justificada la perpetración del delito, decretando el sobreseimiento provisional de las actuaciones.

Pero, entretanto, cuál ha sido el destino judicial del texto «CONTRA LA DEMOCRACIA». Un libro que solo explica la ideología anarquista y, en consecuencia, es crítico con los Poderes del Estado, sin que pueda hallarse en su lectura nada que esté relacionado con el enaltecimiento del terrorismo ni con la incitación al odio. No quiero imaginar qué haría la Audiencia Nacional si a sus manos llegaran libros como *El odio a la democracia* de Jacques Ranciere, *Panfleto contra la democracia realmente existente*, o *Nietzsche: contra la democracia*.

La primera vez que se cita el libro «Contra la democracia» es en el Auto de la Audiencia Nacional de 18 de diciembre de 2014 (TOL4.608.539), que alude a los Grupos Anarquistas Coordinados (GAC) —a su vez integrados en la Organización FAI/FRI (Federación Anarquista Informal/Frente Revolucionario Internacional)— y a los documentos internos de los GAC, encontrados en el ordenador de uso personal de uno de los investigados.

En este auto se recogen actas de reuniones y «Boletines Internos» de la organización y otros documentos que detallan los «Principios, Tácticas y Finalidades» de los GAC. Pues bien, entre esos documentos aparece el texto «Contra la democracia», del que se dice ha sido distribuido entre sus miembros y, como prueba, se presenta una factura por la edición de 287 ejemplares.

En la tentativa de demostrar que estamos ante una organización criminal, el gran hallazgo del tribunal reside en que: «Las vigilancias y seguimientos confirman que los miembros de los GAC se comunican y coordinan de manera reservada entre ellos por diferentes medios, destacando el uso de correos electrónicos con extremas medidas de seguridad como es el servidor "RISEUP", o mediante la práctica de no enviar los mensajes sino dejarlos en borrador accediendo a la dirección de correo mediante una clave compartida, leyendo el mensaje y borrándolo después». Ignoro realmente cómo se produce el acceso a la información en el seno de empresas multinacionales pero sospecho que no difiere en mucho de la de aquellas organizaciones.

A pesar de todo, la tesis de la existencia de una gigantesca organización criminal anarquista que acoge en su seno a otras pequeñas organizaciones criminales ha sido desmontada por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de marzo de 2016 (SAN 702/2016 - ECLI: ES: AN: 2016: 702), que condena a dos personas a doce años de prisión por dos delitos de lesiones y daños terroristas al atentar en 2013 contra la basílica del Pilar de Zaragoza. Lo esencial de esta última sentencia es que destruye la idea de la previa existencia de un grupo criminal o terrorista. Concretamente, se cita la investigación realizada por los peritos sobre el funcionamiento y organización de FAI/FRI, afirmando que «estábamos ante una organización a nivel mundial carente de "organización", sin estructura, sin mando, sin poseer ni tan siquiera un requisito de los establecidos en el párrafo segundo del apartado 1 del art. 570 bis, ni de los contemplados en el párrafo segundo del apartado 1 del art. 570 ter, por lo que no estamos ante una organización criminal ni ante grupos criminales a los que se refiere el Código Penal español. Están constituidas por un numeroso conjunto de pequeños grupos diseminados por múltiples puntos del planeta, unidos exclusivamente por una ideología común de naturaleza anarquista insurreccionista que persigue a toda costa atacar al Estado y, por ello, a cualquier símbolo que —entienden— lo representa, actuando esos grupos de manera independiente y autónoma, y sin ni siquiera conocerse los miembros de un grupo a los componentes de otros, sin previo adiestramiento de ningún tipo, aprendiendo cada uno por su cuenta y sin consigna para atacar, porque la idea de jerarquía, reparto de funciones, etc., son conceptos que rechazan de plano».

Conclusión que ha sido confirmada y ratificada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2016 (TOL5.676.143) y el Auto del

Juzgado Central de Instrucción núm. 3 de la Audiencia Nacional, de 15 de junio de 2016, en el que se demuestra que los investigados son anarquistas, amigos, se reúnen en sitios públicos y conversan. Comportamientos que hasta ahora no eran ilícitos pero que, tras la aparición de la incitación al odio, el enaltecimiento del terrorismo y la humillación de las víctimas, muy pronto pueden llegar a serlo.

Es preocupante que la versión policial se esté convirtiendo en la única prueba de determinados procedimientos, haciéndose realidad la tesis de W. Benjamin y Derrida: la policía como verdadero poder constituyente. Si, además, tales pruebas se obtienen mediante el espionaje policial de sujetos que ejercitan derechos fundamentales, la ilegalidad es manifiesta. Citaré como ejemplo el informe elaborado por la Dirección General de la Policía. Jefatura Superior de Policía de Andalucía Oriental. Brigada de Información de Granada —en la instrucción del caso instruido contra Miguel García Plaza—. En ese informe (firmado por el Jefe de la sección 78.802 y los policías 83760/84873/87.811/76.874), no solo se forja la sospecha de que CNT es una organización criminal por el uso del método de «acción directa», sino que se vulnera el derecho a la intimidad al revelarse datos personales que reflejan la ideología, la participación en manifestaciones legales, conferencias, actividad sindical, sin el consentimiento de los afectados y sin que tales datos tengan relación alguna con el presunto delito investigado (daños en una sede de Mercadona). La existencia en la actualidad de informes sobre ciudadanos sobre los que no recaen indicios de criminalidad, nos retrotrae a las «otras» Brigadas de información franquistas.

La conservación de datos que afectan al ejercicio de los derechos fundamentales del sujeto no solo dan lugar al delito de limitación de los derechos cívicos del art. 542 CP, sino que, además, infringe la Ley de Protección de Datos. Exactamente, el art. 7 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos (LOPD), habla de los datos especialmente protegidos y recuerda que conforme a lo establecido en el apartado 2 del art. 16 de la CE, nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. Especificando en el apartado 2, que solo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias. Quedan absolutamente prohibidos (apartado 4) los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, o vida sexual.

Tras este breve repaso por ilegalidades policiales que cuentan con el respaldo omisivo de algunos jueces, paso a analizar uno de los preceptos que simbolizan la censura: el art. 510. Eso sí, solo estudiaré algunos de sus apartados.

3. FOMENTAR, PROMOVER, INCITAR DIRECTA E INDIRECTAMENTE AL ODIOS, HOSTILIDAD, DISCRIMINACIÓN O VIOLENCIA

3.1. Art. 510.1.a)

Es un delito pluriobjetivo que no protege el mismo bien jurídico en todas las conductas descritas. En los casos de participaciones intentadas y de incitación directa e indirecta a la discriminación, se condena la puesta en peligro abstracto del derecho a la igualdad del colectivo afectado por el móvil discriminatorio (incitación directa) o el peligro del peligro abstracto de la igualdad (fomento, promoción e incitación indirecta). De otra parte, en los casos de incitación a la violencia, se sanciona el peligro que representa para la seguridad del grupo la incitación a la práctica de actos violentos discriminatorios, al tiempo que se protege el derecho a la igualdad de ese colectivo (de modo similar, Alcácer Guirao, 2012: 22; García Álvarez, 2004: 258). En cuanto a la incitación al odio, no existe bien jurídico alguno, es tan solo la excusa para reprimir la libertad de expresión.

En contra de esta postura, con relación al debate sostenido en torno al término provocación del art. 510 CP de 1995, un sector cualificado de la doctrina consideró que sí tenía sentido su punición. Así, Lorenzo Capello, cuando restringe la aplicación del tipo a los supuestos en los que la provocación al odio incentive actitudes de auténtica hostilidad (1996: 258-259). Igualmente, Landa Gorostiza, lo justifica en la necesidad de «tutelar a determinadas minorías vulnerables frente a actuaciones idóneas para iniciar procesos agresivos y de hostilidad contra aquellas» (1999: 224), al colectivo frente al peligro de ser eliminado (1999: 343); la incriminación preventiva de la «antesala del holocausto» (1999: 360). Según este autor, se protegen las «condiciones de seguridad de existencia de colectivos especialmente vulnerables» (1999: 239). Con un planteamiento análogo, Rodríguez Yagüe entiende que la provocación al odio «puede repercutir en la creación o corroboración de un clima favorable para la adopción de medidas violentas, de odio o de discriminación contra ciertos colectivos» (2007: 82). De forma similar, Cancio Meliá (1997: 1275 y 1276); en contra, García Álvarez, al considerar que un argumento como el expuesto vulnera el principio de intervención mínima al adelantar la intervención penal a conductas alejadas y desvinculadas del bien jurídico (2004: 239 y 240).

Por otra vía, aunque llegando a la misma conclusión, autores que inicialmente censuran la punición de la incitación al odio por ser difícilmente compatible con el contenido del art. 20 CE, terminan otorgándole una legitimidad de la que carece. Es el caso de Alcácer Guirao, que, al referirse a la provocación al odio, estima que se trata de la «prohibición de realizar actos

preparatorios de un acto preparatorio y eso no justificaría la necesidad de restricción de libertad». Ahora bien, en el intento de racionalizar la sanción, sugiere que se haga «una interpretación restrictiva, que la incitación al odio se realizara en tales condiciones y con tal intensidad que, aunque no existiera una incitación directa a la violencia, fuera previsible la realización inminente de actos lesivos para miembros del grupo social concernido» (2012: 17). A la par, dadas las dificultades para encontrar cierto sentido a la punición de la provocación al odio, Gómez Martín, desde una perspectiva *de lege ferenda*, considera que el art. 510.1 sería compatible con el principio del hecho a través de una triple modificación: sustitución del término «provocaren» por la expresión «incitaren directa y públicamente por cualquier medio», introducción de la expresión «de forma adecuada para perturbar la paz pública [...]» y el reemplazo de la expresión «provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia» por «incitaren [...] a la realización de actos discriminatorios o violentos» (2012: 89 y ss.).

En realidad, se está admitiendo que la provocación a un estado de ánimo debe interpretarse como una incitación indirecta a un clima prebélico. En definitiva, esta propuesta, que pasa por alto el principio de legalidad, va en la dirección de convertir la provocación al odio en una especie de incitación indirecta a concretas conductas antijurídicas sin respetar la estructura del acto preparatorio del art. 18 CP (Bernal del Castillo, 2014: 38).

Las modalidades de peligro abstracto que aparecen en este precepto no requieren un resultado de puesta en peligro, no es necesario que la incitación a la discriminación o violencia exija la proximidad de la lesión del bien jurídico igualdad o seguridad del grupo, basta con la peligrosidad de la conducta que se mide *ex ante* en el instante en el que se lleva a cabo la incitación directa [Tapia Ballesteros habla de un delito de aptitud o peligro hipotético en el que no es necesaria la acreditación de que la provocación llegue a sus destinatarios (2010: 1781-1782)].

En cuanto a la conducta típica, en este apartado se sanciona el fomentar, promover, incitar directa e indirectamente de forma pública (excluyendo la ilicitud de tales conductas cuando son ejecutadas en el ámbito privado, siguiendo la indicación del art. 1 de la DM de 2008), a la discriminación, al odio, hostilidad o a la violencia. Se castigan participaciones intentadas, actos preparatorios de actos preparatorios a la discriminación, odio, hostilidad o violencia y actos preparatorios de la discriminación, odio, hostilidad y violencia. En definitiva, se convierte en un delito autónomo lo que no son más que actos preparatorios de delitos, actos preparatorios de sentimientos y otros actos de complicidad en delitos y sentimientos sin inicio de la tentativa que no llegan a la categoría de actos preparatorios.

Con esta nueva versión de la incriminación de los delitos de odio, la forzada y escasamente jurídica interpretación del término provocación emplea-

do por el anterior Código Penal deja, por fin, de ser una pesadilla para aquellos que han venido justificando su necesidad como modalidad *sui generis*.

Si desde la perspectiva de los bienes jurídicos igualdad o seguridad del grupo, resulta prescindible la figura de la provocación al odio, siempre sorprendió la obstinación de ciertos autores en dotar de sentido a una modalidad a todas luces ilegítima por no respetar diversos derechos fundamentales y principios básicos del Derecho penal: legalidad (analogía *in malam partem*), el del hecho, etc. A la vez, era contradictorio asumir el concepto de provocación como uno de los actos preparatorios del art. 18 y posteriormente descomponerlo hasta hacerlo pedazos, admitiendo que es válido respecto a los elementos de incitación directa y publicidad y descartando que la incitación se dirija a la comisión del delito. Al fragmentar el concepto, ya puede justificarse sin ninguna dificultad la penalización de la provocación al odio, esto es, la censura de la libertad ideológica, como un supuesto de provocación *sui generis*. De ese modo, Landa Gorostiza, interpreta que la provocación no está «sometida en su interpretación a un entendimiento del tipo ni en los términos —ni con los límites— en que se configura la provocación como acto preparatorio en el art. 18» (1999: 224). De modo similar, Lorenzo Copello estima que no cabe una aplicación directa del concepto de provocación del art. 18 sino solo parcial («La discriminación...», 1996: 253 y ss.; «Racismo...», 1996: 258-259); igualmente, González Cussac, Martínez Buján, Cabonell Mateu (2010: 753); incluso Bernal del Castillo, modificando el criterio defendido en 1998, sustenta que es factible cuando se amenazan otros derechos diferentes a los protegidos penalmente (2014: 36).

En lugar de provocación ahora se habla de incitación directa e indirecta y se extiende la conducta típica a actos previos a la incitación, a participaciones en tentativas.

La razón espuria por la que el actual Código Penal hace desaparecer aquel término es que de realizarse una estricta interpretación, como acto preparatorio del art. 18, solo podrían castigarse supuestos de incitación directa al delito y entonces no podría sancionarse ni la incitación al odio (por no ser delito) ni el ensalzamiento, negación, justificación, incitación indirecta, fomento o promoción de estos delitos. Tales figuras quedarían fuera del ámbito del tipo penal si realmente se cree en el principio de legalidad.

Recuérdese que el primer apartado del art. 510 CP 1995 sancionaba la provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones por diversos motivos discriminatorios. Si la «provocación» a la que aludía el art. 510 se interpretaba como el acto preparatorio previsto en el art. 18 CP, solo se cometería el delito cuando «directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito». De asumirse este criterio, solo podía con-

denarse como provocación la incitación directa a la comisión de alguno de los delitos de discriminación o la referente a actos violentos (más incendios, estragos, daños). De lo que se deduce que difícilmente podía interpretarse como provocación la incitación directa al odio que no es un delito sino un estado de ánimo («antipatía y aversión hacia alguna cosa o persona cuyo mal se desea»). Una figura que como acertadamente expone Rodríguez Yagüe, se acerca peligrosamente al Derecho penal de autor, corriendo el riesgo de suponer una restricción de la libertad ideológica o de expresión (*Comentarios*, 2007: 1007).

Consecuentemente, la provocación a la discriminación y violencia discriminatoria debió interpretarse siempre como una incitación directa, una llamada pública a la comisión de un delito discriminatorio o violento, invocación con capacidad de producir una motivación, a través *ex ante* de un medio de difusión idóneo (desvalor de acción), y *ex post*, se demuestre ha alcanzado a un colectivo de destinatarios. De otro lado, subjetivamente debía existir un dolo de consumación, desear que se consuma el delito y que se incite a la realización de ese delito como autor o coautor (Fuentes Osorio, 2006: 312 y ss.).

De ello deriva que solo debió aplicarse el apartado primero del art. 510 cuando se incitaba directamente a la comisión de alguno de los delitos de discriminación o bien a actos violentos constitutivos de delitos —homicidio, lesiones—, ya expresamente sancionados como actos preparatorios de esos delitos, o a delitos de incendio, estragos o daños.

En coherencia con lo expuesto, si la provocación tuvo que interpretarse como incitación a un delito y el odio no lo es, no estamos ante una provocación en el sentido del art. 18, sino simplemente ante la sanción de la generación de un estado de antipatía y aversión por móviles discriminatorios elevado a tipo autónomo. Justamente por eso se estaría reprimiendo el germen de una intención, vulnerando la libertad de expresión, ideológica y de creencias.

En definitiva, lo que hizo el legislador penal de 1995 fue convertir en delito autónomo una tentativa de inducción a la discriminación y violencia por una parte, y, por otra, una tentativa de inducción a un sentimiento de odio que pueda llegar a generar un peligro de discriminación o violencia.

El apartado 1.a) del art. 510 no menciona ya el término provocación sino que alude a una serie de comportamientos caracterizados por contribuir a crear situaciones, más o menos lejanas, de odio, hostilidad, violencia o discriminación.

Es lógico sancionar la puesta en peligro abstracto de la igualdad (incitación directa a la discriminación) y de la seguridad de los grupos (incitación directa a la violencia), puesto que en ambas situaciones se genera el riesgo de lesión de los bienes jurídicos de determinados colectivos, y lo que se preten-

de es preservar el derecho a no ser discriminado o sufrir violencia por móviles discriminatorios en una fase inmediatamente anterior al ejercicio efectivo de la discriminación o la práctica de la violencia. Sin embargo, el castigo del fomento, promoción, incitación directa o indirecta al odio u hostilidad no consigue el objetivo pretendido. No se protege la igualdad ni la seguridad de los grupos en la fase previa a la lesión, sino que representa simplemente la censura de opiniones, hechos, que podrían llegar a ser un germen de actos preparatorios relativos a la discriminación o violencia por móviles discriminatorios. En realidad, se está sancionando la gestación de antipatía hacia determinados colectivos porque en un futuro, cercano o no, puede generar condiciones tendentes a la incitación de comportamientos discriminatorios o violentos por móviles discriminatorios. Cuando se sanciona como incitación al odio la emisión de opiniones que contienen cierta animadversión hacia determinado colectivo [que, en todo caso, podría afectar a la dignidad del grupo a través de ofensas injuriosas reguladas en el apartado a) del núm. 2 del art. 510], no se está sancionando la puesta en peligro de la igualdad o la seguridad del grupo sino el peligro de peligro abstracto para la igualdad y seguridad del grupo. Se está penando la presunta peligrosidad de ciertas expresiones o hechos que pueden llegar a ser asumidas por quienes, probablemente, puedan llegar a desencadenar una situación de riesgo para aquellos bienes, esto es, puedan potencialmente representar una puesta en peligro del derecho a no ser discriminado o de la seguridad de los grupos. En conclusión, si los bienes jurídicos protegidos en este precepto son la igualdad y seguridad de esos grupos, carece de sentido la criminalización de las conductas favorecedoras del odio u hostilidad (en esta dirección, respecto al anterior Código Penal, García Álvarez, 2004: 239 y 240: 246, 251; Bernal del Castillo, «La discriminación...», 81; Lamarca Pérez, 2013: 800). Argumento que podría sustentarse también en los casos de fomento y promoción de la violencia o discriminación que solo deben ser punibles cuando se conviertan en supuestos de participación en delitos discriminatorios o violentos o actos preparatorios de los mismos, de otra manera estarían incluidos en la incitación indirecta o serían irrelevantes para el Derecho penal.

4. ¿JUSTIFICAN LA DM DE 2008 Y LA STC 235/2007 LA CONDUCTA DESCRITA EN EL APARTADO 1.A) DEL ART. 510?

Retornando a la actual configuración del apartado a) del núm. 1 del art. 510, los argumentos empleados por la Exposición de Motivos del Código actual para justificar la ampliación de la conducta típica son, por un lado la necesidad de transposición de la Decisión Marco, 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia (DM 2008), y también el

hecho de tener que asumir la interpretación realizada por la STC 235/ 2007, de 7 de noviembre, en torno a la negación del genocidio. Sin embargo, tales explicaciones son inciertas.

En realidad, la letra *a)* del apartado 1 del art. 510, no respeta la DM que solo sanciona los supuestos de incitación pública al odio y violencia. Por tanto, lejos de asumir la idea de reducción de la conducta típica a la incitación directa a la discriminación o violencia, el castigo se extiende a otros actos que, sin llegar a la categoría de actos preparatorios, previos a los mismos, o participaciones intentadas, pueden fomentar, promover, o incitar indirectamente al odio. Bien es cierto que el art. 2 de la DM de 2008 exige que cada Estado miembro castigue la participación (complicidad) en la incitación, apología, negación y trivialización flagrante y el acto preparatorio de actos preparatorio, es decir, la incitación a la apología, la negación o trivialización flagrante.

No solo se aleja del contenido de la DM, tampoco respeta la línea emprendida por la STC 235/2007, de 7 de noviembre. El tribunal admite la constitucionalidad de la incitación indirecta cuando la justificación o negación del delito genere o incremente el riesgo de lesión del bien jurídico, esto es, forje un peligro cierto de generar un clima de hostilidad que pueda desembocar en actos discriminatorios o violentos. Sin embargo, el CP actual no respeta ese límite y, junto a los casos de incitación —directa e indirecta—, amplía la conducta típica a los supuestos de fomentar (sinónimo de promover), promover (impulsar el desarrollo de una acción), que serían participaciones impunes en tentativas. Además, se incluye, junto a los términos odio, violencia o discriminación, un nuevo concepto —«hostilidad»— que tampoco exige la DM, interpretado como creación de un contexto de conductas abusivas o agresivas por un móvil discriminatorio.

5. PRODUCCIÓN, ELABORACIÓN, POSESIÓN, DISTRIBUCIÓN, VENTA, ETC., DE ESCRITOS U OTROS MATERIALES IDÓNEOS PARA GENERAR UN PELIGRO PARA LA IGUALDAD O SEGURIDAD

5.1. Art. 510.1.b)

Con la misma pena del apartado 1.*a)* del art. 510, se sancionan conductas que contienen un menor desvalor. Se equipara la creación de un peligro abstracto para la igualdad o seguridad de los grupos con la capacidad potencial para poner en peligro abstracto tales bienes jurídicos. En el 1.*b)*, no se trata de actuaciones que fomentan, promueven, incitan directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra determinados grupos sino que lo que se sanciona es la idoneidad del contenido de los escritos materiales o soportes para el fomento, promoción, incitación directa e indi-

recta... Al igual que ocurría con el art. 510.1.a), que sanciona uniformemente modalidades de comportamiento que responden a naturalezas jurídicas desiguales: los supuestos de incitación directa e indirecta y otras conductas favorecedoras, en el art. 510.1.b), se castigan con la misma pena conductas diferentes: de una parte, los casos en los que la producción, elaboración, etc., de escritos y otros es idónea para lograr un acto preparatorio con capacidad objetiva *ex ante* para generar directamente el riesgo de efectiva lesión del derecho a no ser discriminado o la seguridad. De otra parte, la producción, etc., de escritos y otros, idóneos para generar una participación con capacidad objetiva *ex ante* para incrementar el riesgo de lesión del bien jurídico mencionado. Entre esos comportamientos, carece de sentido sancionar la posesión con la finalidad de distribución pues no hay riesgo de lesión o peligro para el bien jurídico.

Solo tendría sentido aplicar la misma sanción si, eludiendo el principio de legalidad, se interpreta que el apartado 1.b) del art. 510, es una modalidad expresa y concreta del 1.a). Puede acreditar esta tesis el que sea, en parte, una transposición de la letra b, del apartado 1, del art. 1 de la DM 2008, referente a «la comisión de uno de los actos a que se refiere la letra a) mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales». Digo en parte porque no respeta lo ordenado en la DM, que solo recomienda la sanción de los supuestos de difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales que inciten públicamente al odio o violencia, etc., esto es, conductas provocadoras, no de mero favorecimiento. Sin embargo, el Nuevo Código extiende la aplicación del tipo a otros supuestos diferentes a los de difusión y reparto, aunque la finalidad no sea solo incitar directa e indirectamente. Nuevamente, se va más allá de lo recomendado por la DM que no sanciona los actos de promoción, fomento e incitación indirecta ni los supuestos de producción, elaboración o los de difusión o reparto que no suponen una incitación directa.

De sostenerse que las figuras del art. 510.1.b), están contenidas en la letra a), del núm. 1 del art. 510, sería una previsión superflua, ya que este último apartado describe conductas, engloba todos los comportamientos de editores, libreros, etc., que tengan escritos... que inciten directamente y también la de aquellos soportes o materiales que tengan la capacidad de incrementar el riesgo de lesión del bien jurídico. Pudiendo interpretarse, por tanto, que el apartado b), del núm. 1 del art. 510, solo especifica algunos de los medios a través de los que se puede llegar a realizar el apartado a).

En cualquier caso, sea cual sea la interpretación adoptada, los comportamientos del 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 y opiniones favorables hacia tales conductas discriminatorias, pueden ser sancionados a través del art. 510.1.b). En definitiva, actuaciones que hoy

día resultaban impunes, salvo que los autores se identificaran expresamente con los delitos cometidos, con la aprobación del nuevo texto penal dejan de serlo. Ya no se exige el criterio de la identificación expresa con el mensaje contenido en el escrito, el delito se consuma con la mera posesión para difundir o la difusión misma de esas ideas, siempre que el escrito o mensaje sea idóneo para contribuir a participaciones intentadas u actos preparatorios con capacidad objetiva *ex ante* para lesionar los diferentes bienes jurídicos mencionados.

De este modo, se castigaría la conducta que se limita a reproducir o publicar en un medio de difusión un escrito con vocación discriminadora aunque no haya adhesión o no se asuma su contenido. La simple publicación del mensaje lesiona el bien jurídico protegido (el peligro del peligro potencial de lesión de la igualdad y la seguridad), reitero, aunque el director, librero, editor, productor, etc., no comparta lo expuesto en el texto. En definitiva, es la sanción de actos preparatorios de los actos preparatorios discriminatorios, conductas relacionadas con textos que poseen capacidad objetiva *ex ante* para incrementar un contexto de hostilidad que puede llegar a convertirse en actos violentos o discriminatorios.

Por todas estas razones, puede afirmarse que este precepto es un emblema de la censura, no solo criticable por la inseguridad de sus fundamentos, su imprecisa delimitación y la utilización de demasiados conceptos indeterminados que sancionan participaciones no delictivas sino por representar uno de los mayores ataques a la libertad de expresión que se conocen.

6. NEGACIÓN, TRIVIALIZACIÓN O ENALTECIMIENTO PÚBLICO DE LOS DELITOS DE GENOCIDIO, DE LESA HUMANIDAD O CONTRA LAS PERSONAS Y BIENES PROTEGIDOS EN CASO DE CONFLICTO ARMADO

El CP actual deroga el art. 607.2 y traslada al art. 510 los supuestos de negación, trivialización o enaltecimiento de los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra personas y bienes protegidos en casos de conflicto armado, que inciten *indirectamente* (pongan en peligro cierto de crear un clima de hostilidad que pueda culminar en actos violentos o discriminatorios, esto es, genere o incremente el riesgo de lesión del valor tutelado) a la violencia, discriminación, odio y hostilidad.

En conclusión, ahora el circuito penal del odio queda conformado por el art. 615, que sanciona los actos preparatorios (incitar directamente al genocidio, delitos contra el derecho de gentes, lesa humanidad, contra personas y bienes protegidos en casos de conflicto armado) contra la comunidad internacional y el art. 510 que recoge los supuestos de incitación indirecta con móviles discriminatorios respecto a los delitos citados.

El Anteproyecto de CP sancionaba los casos de negación, trivialización grave y apología de los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado siempre que (como sugerencia de la DM de 2008, art. 1, apartado 4) hubieran sido declarados probados por los Tribunales de Nüremberg, por la Corte Penal Internacional o por otros tribunales internacionales, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos por motivos discriminatorios.

El art. 1, apartado 4, de la DM 2008, dejaba en manos de los Estados la posibilidad de sancionar los casos de negación o trivialización flagrante solo cuando los crímenes hubieran sido establecidos por resolución firme de un tribunal nacional o un tribunal internacional.

En definitiva, únicamente se sancionaban si se referían a hechos probados por tribunales internacionales y además poseían capacidad objetiva *ex ante* para incrementar la posibilidad real de crear espacios de odio o discriminación, adoptando el criterio sustentado por la DM de 2008 y la STC 235/2007.

El actual art. 510.1.c), hace desaparecer la mención a la apología, incumpliendo el mandato de la DM, y en su lugar castiga el enaltecimiento del delito o de los autores (resulta curioso que emplee el término enaltecimiento tanto para los autores como para el delito cuando en realidad debería hablarse de enaltecimiento del autor y justificación de los delitos (genocidio, lesa humanidad, contra las personas y bienes protegidos en casos de conflicto armado). Conjuntamente, el enaltecimiento se convierte en un tipo autónomo sin los requisitos propios de la apología como modalidad de incitación directa, y se sanciona el resto de figuras contenidas en el Anteproyecto. Esto es, la negación y la trivialización grave (por cierto, la DM no habla de trivialización grave sino «flagrante»), esto es, restar importancia o menospreciar los delitos, satisfaciendo aparentemente la consigna de la DM. Digo en apariencia porque como la DM establece [art. 1, apartado 1.c) y d)], no basta con negar, trivializar esos determinados delitos, sino que se reclama una *incitación* a la violencia o al odio mientras que el actual art. 510.1.c) únicamente exige la existencia del germen previo a una incitación indirecta: «cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos».

Por otra parte, la desaparición de la apología como una de las conductas sancionadas puede obedecer a varias razones: la primera es que tal comportamiento está previsto como delito contra la comunidad internacional en el art. 615 (acto preparatorio de esos delitos). En segundo lugar, en la apología el autor debe poseer un ánimo de incitar a la comisión del delito que alaba, no es suficiente con la presencia del elogio, es necesario que concurra un elemento subjetivo: el ánimo de incitar que sería incompatible con el hecho de

promover o favorecer el «clima» (Mira Benavent, 1987: 518; Cuerda Arnau, 1995: 103).

No obstante, es factible que el Anteproyecto de CP pensara en la apología como delito autónomo con la pretensión de hacer desaparecer la exigencia del requisito subjetivo «ánimo de incitar» a la comisión de un delito (Fuentes Osorio, 2006: 344 y ss.). Además, una tipificación autónoma de la «apología» permitiría la entrada de la teoría de la participación y podría sancionarse la complicidad en esos actos preparatorios convertidos en delitos autónomos.

A propósito, como se expuso anteriormente, la DM de 2008, obliga a los Estados miembros no solo a castigar el acto preparatorio de incitación de la apología pública, negación y trivialización flagrante sino también la complicidad en la incitación pública a la violencia, odio, difusión, reparto de escritos, apología pública, negación, trivialización (art. 2).

En conclusión, son tres las conductas sancionadas en el art. 510.1.c): la negación (tras la supresión mencionada del apartado 2 del art. 607), la trivialización grave y el enaltecimiento de los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado o de sus autores, cuando se realicen públicamente y puedan llegar a generar un estadio previo de hostilidad y odio que puede llegar a favorecer la comisión de delitos discriminatorios, violentos o de odio.

Es cierto que la DM sanciona alguno de los comportamientos recogidos en este apartado del art. 510 (negar, trivializar) pero exige obligatoriamente una incitación directa (apología pública) o indirecta (negación, enaltecimiento) «cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio, mientras que el actual CP no habla de incitación sino de actos previos a la incitación, esto es, comportamientos que promuevan o favorezcan un clima de hostilidad, violencia, etc. De ello se desprende que no es necesario que se cree el designio delictivo ni que se genere un peligro cierto de lesión del bien jurídico, es suficiente con actos de negación, de trivialización o enaltecimiento que hipotéticamente puedan favorecer en un futuro la creación de un ambiente hostil, discriminatorio o violento hacia determinados colectivos. Ahora bien, si es delito la negación o ensalzamiento que promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos, tal previsión era innecesaria al estar conductas recogidas en el apartado 1.a) del art. 510.

Como se ve, el art. 510.1.c) se distancia tanto de la STC 235/2007 como de la propia DM, al sancionar el ámbito de preparación de esas conductas. Resulta incomprensible cómo mediante la negación, trivialización, aunque sea grave, o el enaltecimiento pueden ponerse el peligro los bienes jurídicos protegidos (igualdad o seguridad de los diversos colectivos discriminados). En realidad, no existe ningún peligro para los valores tutelados y sí un ataque permanente a la libertad de expresión.

7. ENALTECIMIENTO O JUSTIFICACIÓN DE DELITOS DISCRIMINATORIOS

7.1. Art. 510.2.b)

Esta figura inconstitucional, no aparece expresamente en la DM de 2008, que recomienda únicamente la persecución de supuestos de apología directa, negación o trivialización flagrante de los delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra de los arts. 6, 7 y 8 del Estatuto de la CP Internacional..., cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo más la apología pública, negación o trivialización flagrante de los delitos definidos en el art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional (crímenes contra la paz, de guerra, contra la humanidad) adjunto al acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, cuando puedan incitar a la violencia o al odio. Sin embargo, el CP actual sanciona el enaltecimiento o justificación pública de delitos discriminatorios sin respetar el contenido de la DM y sin requerir el elemento adicional exigido por la STC 235/ 2007, la presencia de una incitación indirecta. Por el contrario, la exigencia de una incitación indirecta aparece exclusivamente como una agravante de la conducta que eleva la pena entre uno y cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses emparejándola así con la sanción del art. 510.1.

Al equiparar el enaltecimiento de los autores de los delitos discriminatorios y la justificación de esos delitos con el enaltecimiento y justificación de los delitos de terrorismo, se genera una modalidad *sui generis* de apología, que no requiere la concurrencia de la lesión, puesta en peligro o el peligro del peligro para los valores de igualdad, dignidad o seguridad. En resumen, basta con enaltecer al autor o justificar el delito sin necesidad de demostrar que tales conductas tienen la capacidad de generar *ex ante* un clima de hostilidad, odio, violencia o discriminación hacia determinados colectivos.

Como ha quedado demostrado, el castigo de estas conductas no es una exigencia de la DM, que solo habla de apología pública (incitación directa) respecto a determinados delitos, siempre que tengan capacidad para crear el clima de hostilidad. Por tanto, lo que hace el CP actual es convertir en tipo autónomo el enaltecimiento o justificación sin exigir un elemento subjetivo respecto a los delitos discriminatorios, sin demandar la creación del clima de hostilidad, adoptando la excepcionalidad propia del Derecho penal de autor de los arts. 578 y 579 CP.

El parecido entre este apartado del art. 510 y los arts. 579 y 578 CP es notable. Piénsese en los comportamientos consistentes en alentar y favorecer la perpetración de los delitos de terrorismo, generando o incrementando el riesgo de su efectiva lesión. No respeta la Decisión Marco de 2008

que solo recomienda la sanción de los comportamientos provocadores, no del mero favorecimiento. De otra parte, ya existen preceptos en el CP español que sancionan las conductas de refuerzo, apoyo, etc., del terrorismo, incluso con la misma o mayor pena. En efecto, el art. 170.2 sanciona a los que con la finalidad de atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas» reclamen públicamente la comisión de acciones violentas por parte de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas». Un delito que, como describe Cuerda Arnau, prevé «una conducta de incitación no directa pero idónea para crear un clima amenazante capaz de afectar al sentimiento colectivo de tranquilidad» (2008: 81). Junto a esta figura, el art. 578 condena «el enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los arts. 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución». En un principio, este delito abarca las conductas consistentes en el elogio, las alabanzas, o la legitimación de los delitos de terrorismo. Si, como parece, a raíz de la STC 235/2007, se exige conjuntamente un elemento de incitación al delito, absorbería la totalidad de los comportamientos de favorecimiento del párrafo segundo del apartado 1 del art. 579, ya que el art. 578 regularía los supuestos de incitación indirecta a la comisión de los delitos de terrorismo (Ramos Vázquez, 2008: 789 y 791; Cuerda Arnau, 2008: 82 y ss.).

8. INHABILITACIÓN ESPECIAL Y DESTRUCCIÓN DE LIBROS, BLOQUEO DE ACCESO A INTERNET, ETCÉTERA

El núm. 5 del art. 510 alude a una nueva sanción para todos los supuestos previstos en este artículo que vulnera, entre otros derechos, la libertad de cátedra. Una pena inocuidadora que aniquila la libertad de expresión e introduce la censura disfrazada de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión u oficios educativos, «en ámbitos docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurren en el delincuente».

Para finalizar, el núm. 6 del art. 510 prevé que el juez o tribunal acordará la «destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refiere el apartado anterior o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos. En los casos en los que, a través de un portal de acceso a Internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos

a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo».

Este apartado representa el retorno a las hogueras, a las listas negras, a la caza de brujas, a *Fahrenheit 451*, e irradia el hedor de los Estados autoritarios. Permitir al juez o tribunal la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito, el bloqueo o la interrupción del acceso a Internet, supone el mayor ataque a la libertad de expresión desde el franquismo.

9. BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁZER GUIRAO, R., 2012: «Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes». *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14 de febrero de 2012.
- BERNAL DEL CASTILLO, J., 1998: *La discriminación en el Derecho penal*, Comares, Granada; 2014: «Protección penal de minorías en países multiculturales: Estudio comparado de la incitación al racismo, violencia y odio en Israel y España», en *Delito y minorías en países multiculturales. Estudios jurídicos y criminológicos comparados*, Barcelona, Atelier.
- CANCIO MELIÁ, M., 1997: *Comentarios al Código Penal*, RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), Madrid, Civitas.
- CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./VIVES ANTÓN, T./MARTÍNEZ BUJÁN, C., 2010: *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (dirs.), 2004: *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, t. II. Madrid, Marcial Pons.
- CUERDA ARNAU, M. L., 1995: «Terrorismo y libertades políticas», en *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico. El Estado de Derecho frente a la amenaza del nuevo terrorismo* 3/2008; de la misma, «Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología», *Boletín de Información*, Ministerio de Justicia e Interior, núm. 1757, 5 de octubre.
- DEL ROSAL BLASCO, B., 2005: «Delitos Contra la Constitución. Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas». *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid, Dykinson.
- FUENTES OSORIO, J. L., 2006: *La preparación delictiva*, Granada, Comares.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P., 2004: *El Derecho penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- GARROCHO SALCEDO, A./PORTILLA CONTRERAS, G., 2013: «Delitos de incitación al odio, hostilidad, la discriminación o la violencia», en *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- GÓMEZ MARTÍN, V., 2012: «Discurso del odio y principio del hecho», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Protección penal e la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- LAMARCA PÉREZ, C., 2013: *Delitos y Faltas. La Parte Especial del Derecho penal*, Madrid, Colex.
- LANDA GOROSTIZA, J. M., 1999: *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al «delito de provocación» del artículo 510 del Código Penal*, Madrid, Colex.

- digo Penal*. Bilbao, Servicio Editorial Universidad del País Vasco; 2012: «incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege data». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 7, enero.
- LAURINZO COPILLO, P., 1996: «La discriminación en el Código Penal de 1995», *Estudios penales y Criminológicos*, t. XIX; 1996: «Racismo y xenofobia», en *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*, Cuadernos de Derecho Judicial.
- MARX, K., 1983: Observaciones sobre las recientes Instrucciones para la Censura en Prusia, en *Defensa de la libertad. Los artículos de la Gaceta Renana 1842-1843*, Valencia, Fernando Torres-Editor.
- MIRA BENAVENT, J., 1987: «El caso del diario *Egin*: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1986», *ADPCP*.
- RAMOS VAZQUEZ, J. A., 2008: «Presente y futuro del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 12.
- RODRIGUEZ YAGÜE, C., 2007: *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (análisis de los arts. 511 y 512 del Código Penal)*, Alicante, Bomarzo; 2007: Comentarios al Código Penal, ARROYO ZAPATERO y VVAA, Madrid, Iustel.
- TAPIA BALLESTEROS, P., 2010: *Comentarios al Código Penal*, GÓMEZ TOMILLO (dir.), Valladolid, Lex Nova.

UNIDAD 10

DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Competencias

- Analizar y reconocer las principales características de los crímenes económicos en el Derecho Penal Internacional y el discurso del odio en la doctrina jurídico penal.

PRIMERA LECTURA

Arenal Lora, L. (2019). *Los Crímenes económicos contra la humanidad. Aproximación a una definición de una nueva categoría de crímenes contra la humanidad*. Arenal Lora, L. *Crímenes Económicos en Derecho Internacional: Propuesta de una nueva categoría de crímenes contra la humanidad*. Navarra, España. Editorial Aranzandi, pp.233-263.

Diversos comportamientos delictivos revelan la existencia de formas contemporáneas de agresión económica contra bienes y valores jurídicos universales que son protegidos por la comunidad internacional en su conjunto, dentro de los cuáles se sitúan los derechos humanos.

LIBIA ARENAL LORA

Crímenes económicos en derecho
internacional: Propuesta de una
nueva categoría de crímenes
contra la humanidad

THOMSON REUTERS

ARANZADI

Primera edición, 2019



THOMSON REUTERS PROVIEW eBooks
Incluye versión en digital

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2019 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Libia Arenal Lora]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-1308-051-2

DL NA 2147-2019

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.

Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL

Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11

31013 - Pamplona

Capítulo 4

Los crímenes económicos contra la humanidad. Aproximación a una definición de una nueva categoría de crímenes contra la humanidad

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES. II. LA CARACTERIZACIÓN DE LOS "CRÍMENES ECONÓMICOS CONTRA LA HUMANIDAD". 1. *La naturaleza económica de los "crímenes económicos contra la humanidad"*. 2. *La naturaleza de los actores responsables de los "crímenes económicos contra la humanidad"*. 3. *Los bienes jurídicos afectados por los "crímenes económicos contra la humanidad"*. 4. *El contexto para los "crímenes económicos contra la humanidad"*. Especial referencia a las graves violaciones de los derechos humanos. 5. *La caracterización de los "crímenes económicos contra la humanidad" en función de sus elementos centrales*. III. APROXIMACIÓN A UNA PROPUESTA DE DEFINICIÓN DE LOS "CRÍMENES ECONÓMICOS CONTRA LA HUMANIDAD".

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Los comportamientos que han sido descritos a lo largo de este trabajo revelan la existencia de formas contemporáneas de agresión económica contra bienes y valores jurídicos universales que son protegidos por la comunidad internacional en su conjunto, dentro de los cuáles se sitúan los derechos humanos¹.

Estas graves conductas, a pesar del enorme impacto que tienen sobre

1. OLLÉ SESÉ, M., *Crimen internacional y jurisdicción penal nacional: de la justicia universal a la jurisdicción penal interestatal*, Editorial Aranzadi, Primera edición, 2019, p. 155.

esferas que son vitales para los seres humanos, no forman parte del catálogo de crímenes más graves de trascendencia internacional, ni tienen cabida dentro del ordenamiento jurídico-positivo internacional que regula los crímenes contra la humanidad, en la medida que presentan rasgos y elementos propios que los distinguen de estos crímenes clásicos.

La especulación financiera y la adopción de medidas económico-políticas frente a la crisis, pasando por la alta corrupción política, la trata de personas para su explotación, la especulación con bienes esenciales para la vida, hasta los graves daños contra el medio ambiente, todos ellos consecuencia de decisiones económicas y económico-políticas, contienen una serie de elementos comunes, que son singulares y propios del paradigma económico que trata de emerger como configurador de esta nueva categoría de crímenes contra la humanidad.

Estos elementos hacen referencia a la naturaleza de los "crímenes económicos contra la humanidad", a las características de los actores que se encuentran detrás de ellos, a los bienes jurídicos afectados por estas conductas y a los contextos en los que estos se llevan a cabo, mereciendo todos una atención particular en el ámbito de las variaciones y de las posibilidades que puede ofrecer el Derecho internacional penal para la regulación y la persecución de los más graves abusos que se comentan en contra de la humanidad.

II. LA CARACTERIZACIÓN DE LOS "CRÍMENES ECONÓMICOS CONTRA LA HUMANIDAD"

1. LA NATURALEZA ECONÓMICA DE LOS "CRÍMENES ECONÓMICOS CONTRA LA HUMANIDAD"

Si la gran victimización de la población civil estuvo, en el origen y desarrollo inicial de los crímenes contra la humanidad, estrechamente ligada a los abusos del poder político y a la realidad de los conflictos de carácter armado², las formas contemporáneas de gran victimización están fatalmente vinculadas a los graves abusos del poder económico y económico-político, a sus motivaciones subyacentes y a los nuevos tipos de conflictos que se desarrollan bajo formas de violencia no sólo directas, que resultan en daños inmediatos sobre la vida, la integridad física o la salud física o mental, sino también indirectas, que se producen a través de comportamientos que socavan a largo plazo los fundamentos del bienestar y de la existencia de la humanidad.

2. ROBERTSON, G., *Crimes Against Humanity: The Struggle for Global Justice*, Penguin Books, 2006.

De este modo, los "crímenes económicos contra la humanidad" se comenten en virtud de consideraciones de naturaleza económica o económico-política, conectada con las máximas de la obtención de beneficios económicos privados, la acumulación de riqueza, la defensa de posiciones económico-políticas privilegiadas en sectores estratégicos, el mantenimiento de un frágil equilibrio del *statu quo* económico en la sociedad contemporánea de la globalización neoliberal, entre otros propósitos o fines, que implican grandes riesgos, amenazas y daños humanos, sociales, ambientales y económicos para las personas y los pueblos, y constituyen el nuevo paradigma de las formas contemporáneas de atentar contra la población.

Este paradigma económico que caracteriza la naturaleza de las diferentes conductas que integrarían una categoría de "crímenes económicos contra la humanidad" se manifiesta con meridiana claridad cuando los graves abusos a los que nos referimos tienen como objeto principal de la actividad obtener un beneficio económico privado para aquellas personas, organizaciones o grupos que se encuentran detrás de la misma. Estos comportamientos pueden ser conductas ilícitas –por ejemplo, actos de alta corrupción política, expolio del erario público, administración fraudulenta, trata de personas con fines de explotación sexual o laboral– recogidos en la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales y del internacional. También puede tratarse de conductas que no se sitúan al margen de la ley, es decir, conductas que son lícitas, pero que en sí mismas, por sus propias características, se van transformando en función de las cadenas en las que se insertan o por sus efectos, en una manifiesta grave violación de los derechos humanos –por ejemplo, el desarrollo de las operaciones propias de los grandes negocios en sectores tales como el de la industria extractiva, farmacéutica, agroalimentaria o textil que reportan grandes beneficios a las corporaciones detrás de ellas–. Por último, también, pueden ser comportamientos que se hallan en el difuso umbral de la legalidad, y provocan gravísimos daños económicos, sociales y humanos –por ejemplo, aquellas conductas que se integran en el ámbito de las operaciones del sector financiero y de las inversiones en muy diversos sectores–.

Puede ocurrir también que este paradigma económico al que nos referimos, como expresión de la naturaleza de estos graves abusos, se presente de forma más indeterminada, a través de comportamientos llevados a cabo por motivaciones económicas, es decir, que no tienen como último fin obtener un beneficio económico privado en *stricto sensu*, sino que más bien tienen como propósito mantener los fundamentos del sistema económico ligado a la gobernanza global neoliberal de la sociedad contemporánea, –por ejemplo, la aplicación de políticas de ajuste estructural o

austeridad para países en crisis o altamente endeudados, o la concesión de créditos a países en vías de desarrollo o emergentes por parte de organismos financieros multilaterales para la financiación de grandes proyectos de desarrollo—.

2. LA NATURALEZA DE LOS ACTORES RESPONSABLES DE LOS "CRÍMENES ECONÓMICOS CONTRA LA HUMANIDAD"

Si los crímenes clásicos contra la humanidad son crímenes de Estado, a lo sumo crímenes cometidos por entidades que ostenten alguna característica estatal, como son los grupos armados de oposición o rebeldes que controlan parte de un territorio, que actúan por motivaciones políticas, los actores responsables de las conductas subyacentes a la expresión "crímenes económicos contra la humanidad", pueden ser actores estatales y no estatales³, que actúan por intereses privados o motivaciones de natura-

3. Los grupos terroristas no entran a formar parte de la clasificación de los actores responsables por "crímenes económicos contra la humanidad", en cuanto que se entienden que los fines y los objetivos que motivan la actuación de estos grupos no son económicos. En el marco de las Naciones Unidas no se ha adoptado una definición legal del delito de terrorismo, sin embargo, hay numerosos convenios y resoluciones que definen ciertas actuaciones como terroristas. El Convenio Internacional relativo a la represión de la financiación del terrorismo de 1999 incluye en su Anexo el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970, el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971, la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1973, la Convención Internacional contra la toma de rehenes, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979, la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares, aprobada en Viena el 3 de marzo de 1980, el Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 24 de febrero de 1988, el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, firmado en Roma el 10 de marzo de 1988, el Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988, el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1997. La Resolución de la Asamblea General 51/210 de 1996 sin definir claramente el terrorismo sin definirlo claramente reitera "(...) que los actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas son injustificables en todas las circunstancias, cualesquiera sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer para justificarlos". La Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 13 de junio de 2002, sobre la lucha

leza económica, y que tendrían una enorme capacidad, más que cualquier otro segmento de la sociedad de la globalización, de generar un impacto considerable en esferas que son vitales para los seres humanos y, por ende, en materia de derechos humanos⁴.

En este sentido, parece innegable que organismos internacionales como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y la Organización Mundial del Comercio, a través de la concesión de ayudas o préstamos y las políticas de condicionalidad, la aplicación de medidas de ajuste y austeridad, así como la adopción de acuerdos generales de comercio e inversión, atrofian e inmovilizan la expansión del Estado, afectan a sus competencias legislativas y ejecutivas y a su soberanía. Las políticas de condicionalidad y los planes de ajuste son los instrumentos políticos que han impulsado recientemente, y con mayor precisión, las reformas neoli-

contra el terrorismo (2002/475/JAI), define en el artículo 2 1) los "grupos terroristas" de la siguiente manera: "A efectos de la presente Decisión marco, se entenderá por «grupo terrorista» toda organización estructurada de más de dos personas, establecida durante cierto período de tiempo, que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos de terrorismo. (...)". En el artículo 1 1) define los delitos de terrorismo y derechos y principios fundamentales de la siguiente forma: "(...) se consideren delitos de terrorismo los actos mencionados a que se refieren las letras a) a i) tipificados como delitos según los respectivos Derechos nacionales que, por su naturaleza o su contexto, puedan lesionar gravemente a un país o a una organización internacional cuando su autor los cometa con el fin de intimidar gravemente a una población, obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo, o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional; a) atentados contra la vida de una persona que puedan tener resultado de muerte; b) atentados graves contra la integridad física de una persona; c) secuestro o toma de rehenes; d) destrucciones masivas en instalaciones gubernamentales o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, incluidos los sistemas informáticos, plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, lugares públicos o propiedades privadas, que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico; e) apoderamiento ilícito de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías; f) fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de armas de fuego, explosivos, armas nucleares, biológicas y químicas e investigación y desarrollo de armas biológicas y químicas; g) liberación de sustancias peligrosas, o prologación de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas; h) perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas; i) amenaza de ejercer cualesquiera de las conductas enumeradas en las letras a) a h).

4. Bassiouni señala por ejemplo que: "(...) private sector has also developed informal processes that are capable of producing outcomes that are similar to those of structured state control decision-making bodies", en BASSIOUNI, M. C., "Human rights and international Criminal justice in the twenty first Century" en BASSIOUNI, M. C. (Ed.), *Globalization and its impact on the future of human rights and international criminal justice*, op. cit., pp. 26 y 27.

berales de los países periféricos y europeos y que más han vulnerado los derechos humanos de las mayorías en un claro retroceso de las políticas sociales estatales⁵.

Las empresas transnacionales, por el nivel de sus inversiones⁶, por el volumen de ingresos y beneficios⁷, generación de empleo, por el acaparamiento de mercado⁸ y el control sobre los recursos y la tecnología⁹, han desarrollado un extraordinario poder y medios de carácter económico,

5. HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J., *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: Historia de una asimetría normativa. De la responsabilidad social corporativa a las redes contra hegemónicas transnacionales*, op. cit., p. 99.
6. UNCTD, "World Investment Report 2006 FDI from Developing and Transition Economies: Implications for Development", 2006. El informe ha puesto de manifiesto que las empresas multinacionales son las grandes beneficiadas de las operaciones económicas. En el mundo se ha registrado un incremento del 29% de las inversiones, totalizándose 916.000 millones de dólares. De las veinticinco sociedades transnacionales no financieras del mundo, más de la mitad de sus activos, de sus ingresos y efectivos, se encuentran fuera de sus países de origen. En el caso de General Electric, de Estados Unidos, más de la mitad de sus ingresos provienen del exterior y 142.000 trabajadores, casi la mitad, no se encuentran en el país de origen de la multinacional. Lo mismo ocurre con *Vodafone, Ford Motor, British Petroleum, Exxon Mobil, Royal Dutch / Shell Group, Toyota Motor Total y France Telecom*. Disponible en: http://unctad.org/en/Docs/wir2006ch5_en.pdf [última vez consultado: 01 de marzo de 2018].
7. En términos económicos, las ventas de Shell equivalen al PIB de Venezuela y las ventas de General Motors a la suma de los PIB de Irlanda, Nueva Zelanda y Hungría. En los mismos términos Sony sería más grande que toda Pakistán. El beneficio de las 200 empresas transnacionales más grandes crece a una media mayor que la actividad económica global; el total de las ventas de las empresas transnacionales aumentó en un 10,8% en el año 2001 y sus beneficios netos llegaron al 20,4% de lo invertido en el mismo año; los activos totales de las 100 principales empresas transnacionales aumentaron entre 1980 y 1995 en un 697%; la evolución reciente de la transnacionalización de la economía confirma el poder económico de las multinacionales, que se caracteriza por la integración de los procesos de financiación, investigación, distribución y por la concentración en manos de empresas o grupos, que controlan los espacios repartidos por el conjunto del planeta. Véase en VERGER, A. Y OBSERVATORIO DE LA DEUDA DE LA GLOBALIZACIÓN, *El sutil poder de las transnacionales. Lógica, funcionamiento e impacto de las grandes empresas en el mundo globalizado*, ICARIA, 2003.
8. Algunas de las empresas multinacionales son relativamente pequeñas y emplean a menos de 250 trabajadores y trabajadoras, otras cuentan con más de 250.000 empleados repartidos por más de 100 países. Las 500 empresas más grandes suman casi el 25% de la producción y casi la mitad del comercio mundial. Véase en HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J., *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: Historia de una asimetría normativa. De la responsabilidad social corporativa a las redes contra hegemónicas transnacionales*, op. cit. p. 117.
9. Son propietarias de la mayor parte de la tecnología y reciben alrededor del 80% de los pagos por royalties y tasas tecnológicas. Hoy en día son tres veces más importantes que hace veinte años. Véase también en HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J., *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: Historia de una asimetría normativa. De*

político y militares, imponiendo sus reglas a instituciones y gobiernos, frágiles y no frágiles, e incluso colocándose más allá del alcance del Derecho internacional¹⁰.

En las últimas décadas, esta relación entre las grandes empresas que operan en entornos transnacionales y los derechos humanos se ha hecho más evidente en sectores y contextos que son de alto riesgo, como aquéllos ligados a la extracción de recursos naturales, grandes obras de infraestructura, en contextos de conflictos armados o regímenes dictatoriales. Ello hace que sus políticas, operaciones y procedimientos impacten de manera muy significativa sobre esta esfera internacional relativa a los derechos de las personas y de los pueblos si no actúan con la debida diligencia, pudiendo verse implicados directamente, o bajo diferentes formas de participación con otros actores estatales, paraestatales, paramilitares, terroristas e incluso criminales, en la comisión de graves violaciones a los derechos humanos a partir de sus actividades económicas.

Las organizaciones criminales que actúan por lucro también tienen una gran capacidad de victimizar a la población. Así, puede suceder que en el desarrollo de sus actividades económicas de naturaleza ilícita contribuyan a la comisión de graves violaciones a los derechos humanos, incluidos los crímenes clásicos contra la humanidad¹¹, o que algunas de sus actividades criminales queden subsumidas en algunos de los crímenes contenidos en esta categoría de crímenes en función de la gravedad de su naturaleza y consecuencias¹².

En este sentido, el profesor Carrillo Salcedo señalaba de manera muy acertada que: "(...) aunque los Estados soberanos sigan siendo los principales actores de las relaciones internacionales, existen en efecto sectores de la realidad social transnacional que no están controlados, y ni siquiera gestionados, por los Estados, sino por entidades privadas que operan exclusivamente en función de sus propios intereses y con tal éxito que muchas veces desplazan a los Estados, colocándolos ante hechos consumados. Los Estados soberanos, sobrepasados por la realidad transnacional, quedan a veces reducidos a intentar defenderse de la dinámica de actores

la responsabilidad social corporativa a las redes contra hegemónicas transnacionales, op. cit.
p. 117.

10. BASSIOUNI, M. C., "Human rights and international Criminal justice in the twenty first Century", *op. cit.*, p. 30.
11. En el sentido expuesto por la CDI en el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1991, vol. II, Parte 2. Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*, art. 21, comentario, párr. 5, p. 112.
12. SMITH, J. M., "An International Hit Job: Prosecuting Organized Crime Acts as Crimes Against Humanity", *The Georgetown Law Journal*, vol. 97, 2009, pp. 1112-1154.

paralelos que les privan de parcelas importantes de su independencia y soberanía, en un mundo dominado por el desenfrenado apetito de lucro y la ciega avaricia, hasta el punto que el papel de los Estados es reducido por muchos al establecimiento de condiciones favorables al mercado"¹³.

3. LOS BIENES JURÍDICOS AFECTADOS POR LOS "CRÍMENES ECONÓMICOS CONTRA LA HUMANIDAD"

Los "crímenes económicos contra la humanidad" son esencialmente pluriofensivos. En este sentido, esta categoría de crímenes afectaría valores y bienes jurídicos universales, fundamentales, que pertenecen y afectan a la comunidad internacional. Fundamentalmente afectarían el bienestar de la humanidad, en el sentido de ser una grave amenaza a los fundamentos económicos, sociales y ambientales que permiten mantener la vida y la integridad de las personas y de los pueblos, dentro del sentido más amplio de dignidad humana, libertad y justicia, situándose dentro de estos bienes jurídicos los derechos humanos fundamentales¹⁴. En sus formas de manifestación más extremas afectarían incluso la paz y la seguridad internacionales¹⁵. Estos bienes jurídicos pertenecen al orden social internacional y afectan a toda la comunidad internacional.

Además, los "crímenes económicos contra la humanidad" podría afectar otros bienes jurídicos no fundamentales, de naturaleza individual y económica, como son el trabajo y la propiedad; bienes jurídicos colectivos no fundamentales, tales como el medio ambiente, la tierra, el agua, entre otros; y, también, bienes jurídicos colectivos de naturaleza propiamente económica, como son los fundamentos de las economías, nacionales, regionales o mundial, o el propio sistema financiero.

4. EL CONTEXTO PARA LOS "CRÍMENES ECONÓMICOS CONTRA LA HUMANIDAD". ESPECIAL REFERENCIA A LAS GRAVES VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los graves abusos de naturaleza económica a los que nos hemos referido en este trabajo, para que alcancen a integrarse en una categoría

13. CARRILLO SALCEDO, J. A., "El sistema internacional de los derechos humanos y la globalización", 17 de noviembre de 2004, pp. 31-40, p. 37. Disponible en: http://espa.cioinvestiga.org/wp-content/uploads/2015/09/DE007-02_Sistema_internacional_derechos_humanos_y_globalizacion-Carrillo.pdf. [última consulta: 8 de marzo de 2019].
14. OLLÉ SESÉ, M., *Crímen internacional y jurisdicción penal nacional: de a justicia universal a la jurisdicción penal interestatal*, op. cit., p.153.
15. *Estatuto de Roma*, Preámbulo: "Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad".

de crímenes contra la humanidad, han de cometerse en un contexto en el que los injustos alcancen un umbral de especial gravedad, que es lo que distingue los delitos comunes de competencia de los ordenamientos nacionales, de los crímenes de naturaleza extraordinaria que exigen la intervención del Derecho internacional para su prevención y persecución.

En este sentido, el elemento internacional para los "crímenes económicos contra la humanidad" surgiría de un contexto en donde las conductas ilícitas subyacentes a esta figura se llevaran a cabo de manera generalizada o sistemática sobre la población civil, constituyendo una línea de conducta en forma de ataque económico de gran extensión, escala e impacto sobre los derechos humanos y de los pueblos, con conocimiento de los actos y a sabiendas de sus consecuencias, y de conformidad con la política de un Estado o de una organización, estatal o no estatal, que tuviera la capacidad de cometer dichos actos.

El interés de la comunidad internacional respecto de estos fenómenos debe surgir por el hecho de que estos abusos de naturaleza económica pueden llegar a afectar de manera grave y profunda los fundamentos del bienestar de las personas y de los pueblos, también la paz y la seguridad internacionales, sobre los que se ha construido la convivencia internacional en los últimos 70 años¹⁶, en razón de que estos injustos no constituyen solo hechos aislados sino que forman parte de un patrón de conducta que responde al funcionamiento perverso de un sistema de "narcisismo institucionalizado" en nuestras sociedades, que naturaliza esta forma de actuar y niega cualquier relación o responsabilidad respecto del daños provocados.

De hecho, estos abusos económicos, al ser acontecimientos que se producen de manera generalizada, expresan que forman parte de una actuación macro-criminal, en el sentido que participarían de él muchos actores, en calidad de sujetos activos, y que implicaría aspectos masivos en cuanto al número o cantidad sustancial de víctimas¹⁷, como sujetos pasivos.

16. ONU, *Carta de las Naciones Unidas*, 24 de octubre de 1945, 1 UNTS XVI, Preámbulo: "Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles, a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional, a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad".

17. Además de hablar de macro-criminalidad, en el sentido de la cantidad de autores que participan de las conductas y víctimas que producen, cuando nos referimos a ella lo hacemos no solo, o exclusivamente, desde la perspectiva de la "macro-criminalidad

Asimismo, responden a una forma sistemática de actuar dentro del contexto económico de globalización, lo que significa que los abusos económicos no son hechos al azar, sino organizados y ordenados dentro de la lógica del lucro, que trasciende las fronteras nacionales, involucra a organizaciones, grupos y ciudadanos de más de un Estado y responden a la política de una organización que puede desbordar o traspasar al Estado y ser propia de actores no estatales. Esta característica relativa a la sistematicidad de los abusos es la que permite establecer un nexo entre todos los actos injustos y consolidar una idea más amplia de que constituyen en conjunto una forma de atentar contra la población y contra aquellos valores fundamentales que son objeto de protección internacional.

Para concluir, con relación al contexto, se quiere precisar que como ya se ha señalado en algún momento anterior, la relevancia de una figura de "crímenes económicos contra la humanidad" para el Derecho internacional reside en el hecho de producirse en circunstancias que infringen valores humanos básicos para la comunidad internacional, dentro de los que se sitúan los derechos humanos.

Aunque las graves violaciones de los derechos humanos, en cuanto que generalizadas y sistemáticas, no constituyen *per se* un crimen de Derecho internacional¹⁸, o un crimen contra la humanidad, no puede negarse, en palabras del Sr. Doudou Thiam, antiguo Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional, que esta expresión es un concepto "subjetivo" y "no cuantificable"¹⁹, que no ha sido formalmente definido, ni su

política" restringida, circunscrita a la intervención activa del Estado, sino que nos referimos a una "macro-criminalidad política ampliada" que comprendería a actores no estatales, siendo lo relevante que sea una estructura de poder la que despliegue sus esfuerzos para llevar a cabo los crímenes conforme al sistema y al tolerarse a menos su accionar mediante la omisión del Estado. Estas formas de "macro-criminalidad ampliada" estarían cercanas a las formas de criminalidad especiales o a las formas de criminalidad de los poderosos, pero integrando un elemento que sería el poder que ejercen estos actores sobre el poder del Estado, doblegándolo, o incluso cooptándolo, poniendo el sistema incluso a su favor para que sus comportamientos sean conformes con éste. Véase sobre esta cuestión de la criminalidad en AMBOS, K., *La Parte General del Derecho Penal Internacional*, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005, pp. 44-48.

18. Esta es la opinión de autoridades en la materia como los profesores Bassiouni y Schabas, la que ha sido desarrollada en los capítulos 2 y 3 de esta obra. Véase en BASSIOUNI, M. C., *International Criminal Law. Sources, Subjects and Contents*, op. cit., application, op. cit; SCHABAS, W., *The International Criminal Court*, op. cit.
19. CDI, Quinto informe sobre el proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, por el Sr. Doudou Thiam, Relator Especial. Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad [Tema 5 del programa], UN Doc. A/CN.4/404* [en adelante, Quinto informe sobre el proyecto de Código de crímenes contra la paz la seguridad de la humanidad], p. 2.

contenido determinado, ni se ha acordado un método para decidir si un acto concreto debería ser caracterizado como tal.

Si bien una aproximación inicial a la definición de lo que las graves violaciones de derechos humanos son se ha realizado a partir de la enumeración de una serie de conductas que abarcarían en gran medida los actos de genocidio, los crímenes contra la humanidad, de guerra, tortura, la esclavitud, la discriminación racial y el *apartheid*, las definiciones basadas en una enumeración no están exentas de problemas y los actos enumerados como graves violaciones de derechos humanos no deberían ser interpretados como un listado de *numerus clausus*²⁰.

En esta línea, el profesor Bassiouni, ha expresado que el término "graves violaciones de derechos humanos" ha sido utilizado por las Naciones Unidas, no para indicar una categoría de violación de derechos humanos *per se*, sino para describir situaciones que envuelven agresiones refiriéndose a la manera en la cual aquéllas podrían haber sido cometidas o a su severidad²¹, es decir, a que se comentan en el umbral de un contexto que las hace especialmente inhumanas, crueles y reprobables.

Esta afirmación del profesor Bassiouni nos llevaría a proponer la superación de la calificación de las graves violaciones de derechos humanos basada exclusivamente en la enumeración de conductas consustancialmente graves, las cuales, además, nunca podrían ser motivadas por el ánimo de lucro o el interés por obtener una ganancia privada²², y situar-

20. GAETA, P., 'The Character of the Breach', in CRAWFORD, J., PELLET, A. & OLLESON, S., (Eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, 2010, p. 423 y ss.

21. CHR, *Report of the independent expert on the right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of grave violations of human rights and fundamental freedoms*, Mr. M. Cherif Bassiouni, submitted pursuant to Commission on Human Rights Resolution 1998/43, UN Doc. E/CN.4/1999/65, 8 February 1999, para. 85. Señala que: "However, it would appear that the term "gross violations of human rights", has been employed in the United Nations context not to denote a particular category of human rights violations *per se*, but rather to describe situations involving human rights violations by referring to the manner in which the violations may have been committed or to their severity. It may well be, then, that the term "gross violations of human rights" should be understood to qualify situations, with a view to establishing a set of facts that may figure as a basis for claims adjudication, rather than to imply a separate legal regime of reparations according to the particular rights violated".

22. Por ejemplo, la Comisión de Derecho Internacional, al abordar la cuestión de los crímenes contra el medio ambiente en el ámbito de los crímenes contra la paz y la seguridad internacionales, señaló que estos nunca se cometerían con ánimo de lucro. Véase CDI, *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Documento sobre los crímenes contra el medio ambiente, elaborado por Sr. Christian Tomuschat, miembro de la Comisión, con relación al proyecto de Código de 1996* [a partir de ahora

nos en una definición centrada en la aplicación acumulativa de criterios o elementos generales, que nos permitieran sostener una mirada panorámica sobre los derechos humanos y las peores formas en los que pueden ser vulnerados²³, sujetas incluso estas violaciones a conductas ligadas a los abusos económicos característicos del periodo contemporáneo de la posmodernidad.

A día de hoy parece indispensable aceptar que es necesario el desarrollo de un nuevo enfoque jurídico sobre los derechos humanos, basado en paradigmas alternativos y postmodernos, que nos permitan avanzar hacia la mayor y más eficaz protección de las víctimas de los abusos de los poderes establecidos, ya sean públicos o privados, reconociendo a los actores no estatales, a la par de cierta subjetividad o capacidades internacionales, responsabilidades e incluso obligaciones jurídicamente vinculantes de Derecho internacional.

En este orden de ideas, una aproximación a una definición más compleja, pero también más completa, del término "graves violaciones de derechos humanos" contribuiría a trazar los contornos de los contextos en los que estos pueden ser violados de las formas más inhumanas, crueles o degradantes, tanto por actores estatales como no estatales, mejorando con ello las posibilidades de criminalizar desde el Derecho internacional los actos contrarios a sus normas de protección, incluso a partir de los abusos económicos que afectan de manera extraordinaria la centralidad de las condiciones de vida de todos los seres humanos y que dan lugar a nuevos riesgos para la humanidad en la sociedad contemporánea internacional.

El Informe final sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos económicos, sociales y culturales), presentado en el año 1996 por el que fuera su Relator Espacial, el Sr. Hadji Guissé, disponía entre las sugerencias formuladas que:

"(...) se podría declarar que las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales son crímenes internacionales, por lo que están sometidos a los principios de jurisdicción universal e imprescriptibilidad, para poder sancionarlos en cualquier momento y lugar. Para garantizar y proteger los

CDI, *Documento sobre los crímenes contra el medio ambiente*], Doc. I LC (XLVIII)/DC/CRD.3, 27 de marzo de 1996, párr. 31.

23. Reinisch expresa abiertamente cómo algunas conductas indican –diríamos nosotros, que indican la necesidad de– un cambio conceptual radical en la forma en la que utilizamos y pensamos en los derechos humanos. Véase en REINISCH, A., "The changing international legal framework", en ALSTON, P., *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford University Press, 2005, pp. 37-89.

derechos económicos, sociales y culturales, cabría proponer a los Estados y a las instituciones internacionales reformas de los sistemas jurídicos internos e internacionales actuales a fin de lograr que cumplieran esta misión de protección y de garantía²⁴.

Las propuestas de este informe insinúan algo de enorme trascendencia, a saber, que el Derecho internacional, y en particular el Derecho internacional penal, deben evolucionar de la mano del desarrollo de la sociedad contemporánea para dar respuestas a los nuevos retos y desafíos que se presentan con respecto a la protección de aquellos valores e intereses que son considerados fundamentales por la comunidad internacional en su conjunto, también para la protección de todos los derechos humanos frente a las más aberrantes, inhumanas y degradantes formas de agredirlos, incluidos los graves abusos económicos.

En las palabras de Cançado Trindade:

“El movimiento universal en pro de los derechos humanos es irreversible, no admite retrocesos. Tiene su mística propia, reforzada por el ideal de la justicia internacional, que gana cuerpo en nuestros días. Resta, sin embargo, un largo camino a recorrer. Hay que equipar los mecanismos internacionales de protección para enfrentar nuevas formas de violación de los derechos humanos y combatir la impunidad. Hay que lograr en definitiva la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, negligenciados hasta el presente. Hay que fomentar la aceptación integral (sin reservas), por los Estados, de los tratados de derechos humanos, y asegurar la aplicabilidad directa de sus normas en el plano del derecho interno de los Estados. Hay que consolidar el acceso directo de los individuos a la justicia en el plano internacional, tesis por la cual vengo luchando hace tanto tiempo. Hay que desarrollar las obligaciones *erga omnes* de protección del ser humano, tomando sus derechos fundamentales como parte integrante *del jus cogens*. Y hay que diseminar el rol de la sociedad civil en la construcción de una cultura universal de observancia de los derechos humanos”²⁵.

24. ComDH, *Informe final sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos económicos, sociales y culturales)*, preparado por el Sr. El Hadji Guissé, Relator Especial, en cumplimiento de la resolución 1996/24 de la Subcomisión, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/8, p. 42.

25. CANÇADO TRINDADE, A. A., *A humanização do direito internacional*, Del Rey, Belo

5. LA CARACTERIZACIÓN DE LOS "CRÍMENES ECONÓMICOS CONTRA LA HUMANIDAD" EN FUNCIÓN DE SUS ELEMENTOS CENTRALES

La expresión "crímenes económicos contra la humanidad", tal y como se ha puesto de manifiesto a lo largo de este trabajo, puede abarcar un amplio y muy diverso espectro de fenómenos económicos, actores e impactos. De hecho, aproximarnos a una definición de esta posible categoría de crímenes, se vuelve una labor muy compleja en función de las numerosas y diferentes variables a partir de las cuales los elementos centrales para comprender su sustantividad, a saber, las conductas, los actores y los bienes jurídicos afectados, pueden articularse, siendo necesario determinar qué fórmula de conexión entre ellos, siempre en el marco de un contexto que genere un elemento internacional, es la más adecuada para la caracterización y la definición de los elementos materiales de esta posible categoría.

Para proceder al análisis de esta necesaria correlación entre los elementos que componen los "crímenes económicos contra la humanidad, se va a seguir un modelo similar al planteado por Evelyn Schmid para examinar las violaciones de derechos económicos, sociales y culturales y su acomodación dentro del ámbito del Derecho internacional penal²⁶, a partir de tres posibles áreas de confluencia.

La primera de estas áreas de confluencia²⁷ se presentaría cuando un actor económico, a través de un comportamiento no económico, amenaza un interés jurídico no económico. Así, un caso que podría ilustrar esta primera confluencia sería el de la empresa *Union Oil Company (UNOCAL Corporation)*, llevada ante los tribunales de los Estados Unidos a través de la aplicación judicial del *Alien Tort Claims Act*²⁸. Se acusó a la empresa de complicidad en crímenes de lesa humanidad cometidos por la Junta Militar Birmana, en particular, en asesinatos y violaciones, debido al fallo o a la ausencia de una actuación diligente de la empresa al no parar los abusos cometidos por las fuerzas armadas contra la población civil mientras construían un oleoducto²⁹. *UNOCAL Corporation* fue acusada de amena-

Horizonte, 2006, p. 125.

26. SCHMID, E., "Distinguishing Types of 'Economic Abuses': A Three-Dimensional Model", *Criminal Law Forum*, 2015, vol. 26, Issue 2, pp. 225-254.

27. *Ibidem*, pp. 232-238.

28. *Doe v. Unocal*, 248 F. 3d 915 (9th Cir, 2001).

29. Estudios de casos similares pueden encontrarse durante las dictaduras en América Latina en las décadas de los 70 y los 80. Véase CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS), "Responsabilidad empresarial en delitos de lesa humanidad: represión a trabajadores durante el terrorismo de Estado", realizado por el Programa Verdad y Justi-

zar intereses no económicos fundamentales, como la vida y la integridad física de las víctimas, y se alegó que la compañía había realizado tales actos a través de conductas no inherentemente económicas. Ha señalado para este caso Schmid, que "although committed in the wider context of the pursuit of economic activities, the killings and rapes and Unocal's tolerance of the military's abuses are not economic activities (...)"³⁰.

Otro caso que podría ser ejemplo de esta posible área de confluencia es el de la empresa *Barrick Gold*, quien aceptó extrajudicialmente la responsabilidad por la violación generalizada y sistemática de mujeres en el marco del desarrollo de un proyecto extractivo de oro en *Porgera*, Papúa Nueva Guinea. Aquellas mujeres sufrieron agresiones sexuales por parte de los guardas de seguridad de la empresa³¹. Los crímenes alegados formaban parte de una política desarrollada por *Barrick Gold* para aterrorizar y amedrentar a la población local y así evitar su entrada en la mina para buscar oro de manera furtiva. En abril de 2015, el caso quedó cerrado por un acuerdo entre las partes, anunciando *Barrick Gold* y *Earth Rights International*, esta última en representación de las víctimas, que se declaraba el cierre de la negociación con una compensación pactada para aquéllas³².

Esta primera confluencia se considera útil para poner de manifiesto la

cia y la Secretaría de Derechos Humanos, ambos bajo la órbita del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, el Centro de Estudios Sociales y Legales y el Área de Economía y Tecnología de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO-Argentina).

30. SCHMID, E., "Distinguishing Types of 'Economic Abuses': A Three-Dimensional Model", *op. cit.*, p. 234.
31. Véase, por ejemplo, el informe de HUMAN RIGHTS WATCH (HRW), "Golds's costly dividends: human rights impact of Papua Nueva Guinea's Porgera Gold Mine", February 2011. Disponible en: <https://www.hrw.org/report/2011/02/01/golds-costly-dividend/human-rights-impacts-papua-new-guineas-porgera-gold-mine> [última consulta: 01 de marzo de 2019].
32. MCVEIGH, K., "Canada mining firm compensates Papua New Guinea women after alleged rapes", *The Guardian*, 03 April 2015. Informa que: "Barrick Gold Corporation and Earth Rights International (ERI) have negotiated a settlement of claims by 14 individuals from Papua New Guinea ("PNG"), represented by ERI, in relation to a variety of alleged acts of violence concerning the Porgera Mine in PNG. Eleven of these individuals are women with claims alleging acts of sexual violence, including rape. Pursuant to the terms of the settlement, the women will receive compensation under the Porgera Remedy Framework, and a payment in connection with their participation in the mediation process which led to the resolution of their claims. The remaining claims, which relate to alleged deaths, were lodged through the operational grievance mechanism at Porgera, and have also been resolved. All claimants are pleased with this resolution". Disponible en: <https://www.theguardian.com/world/2015/apr/03/canada-barrick-gold-mining-compensates-papua-new-guinea-women-rape> [última consulta: 1 de marzo de 2019].

posibilidad de que actores no estatales, mediante el abuso del ejercicio de su poder económico-político, puedan ser de alguna forma responsables por la comisión de crímenes internacionales. Ahora bien, el planteamiento de esta propuesta de confluencia podría contener un error de apreciación, en la medida que no calcula adecuadamente el peso que tiene el desarrollo de la actividad económica en la creación de un contexto adecuado para la comisión de graves crímenes como son los de asesinato, torturas, desapariciones o violaciones, por parte de actores no estatales. Sin mediar el desarrollo de un proyecto económico de gran envergadura, y el interés de la empresa de llevarlo a cabo bajo las condiciones más favorables, no se hubieran llevado a cabo los actos de instigación o complicidad para la comisión de graves violaciones de derechos humanos –caso UNOCAL– y tampoco hubieran venido a formar parte aquellos graves abusos de una política corporativa –caso Barrick Gold– en el sentido que la comisión de los crímenes favorecía la consecución de sus propios fines económicos.

Estos casos contribuyen a afirmar que la comisión de graves crímenes está inherentemente ligada al desarrollo de la actividad económica o a la defensa de una posición o de un interés económico, formando estos abusos parte de la política, de los procedimientos y de las prácticas de las organizaciones privadas siendo, por tanto, la actividad económica determinante para la comisión de los crímenes, incorporando un factor económico adicional para la calificación de la gravedad de las conductas.

La segunda constelación vendría definida por el hecho de que el interés jurídico afectado fuera económico, pero no así el actor, ni la actividad³³. Es decir, los sujetos activos de los crímenes, que no tendrían por qué ser actores económicos, cometerían un abuso que afectaría a los intereses económicos de las víctimas, pero no a través del desarrollo de una actividad económica propiamente dicha.

Uno de los ejemplos que puede mostrar más correctamente esta confluencia se encuentra en el trabajo de Diana Kearny titulado "Food deprivations as crimes against humanity"³⁴. En él la autora sostiene que las privaciones de alimentos, que pueden llevar a la generación de hambrunas sobre la población, constituyen un grave atentado contra el derecho a la alimentación y el derecho a la salud, y también suponen, en casos extremos de actos intencionados, generalizados y sistemáticos contra la población civil, un crimen contra la humanidad, al afectar valores funda-

33. SCHMID, E., "Distinguishing Types of 'Economic Abuses': A Three-Dimensional Model", *op. cit.*, p. 238-243.

34. Véase en este sentido KEARNY, D., "Food deprivations as crimes against humanity", *International Law and Politics*, vol. 46:253, 2013, pp. 253-289.

mentales como la vida y la integridad física. Schmid presenta también, como ejemplo, el caso de un grupo rebelde que privara a la población civil de acceso a tierra agrícola o ayuda humanitaria durante un conflicto armado amenazando el acceso de las víctimas a alimentos o al agua.

La debilidad de esta segunda confluencia se encuentra en la protección que merecen los "intereses económicos" en el Derecho internacional penal, así como la relativa indefinición del término. El profesor Bassiouni sostiene al respecto que "[E]conomic interests are perceived as the least important of the international criminal law seeks to protect"³⁵. De igual modo, Schabas advirtió que "the core issues [of international criminalization] would generally deal with "threats to bodily integrity, such as killings, mutilations, summary executions, sexual assaults, and pillage"³⁶, but "do not generally deal with economic matters" (...)"³⁷. Schmid establece la definición de "intereses económicos" a partir de una conexión con los derechos humanos económicos y sociales y se fija en las conductas criminales que suponen una afectación directa o indirecta de estos derechos o intereses económicos.

Esta posible confluencia, aunque es de gran importancia, en virtud del debate abierto en Derecho internacional sobre la cuestión de la criminalización de las graves violaciones de derechos económicos, sociales y culturales³⁸, es de una porosidad manifiestamente perceptible. En primer lugar, porque una parte sustancial de los casos en los que "intereses económicos", preservados por los derechos económicos y sociales, se ven gravemente afectados, se solapan con crímenes que son calificados por el Derecho internacional como crímenes contra la humanidad. En este sentido, si no intervienen ni actores económicos, ni actividades económicas, la confluencia no aportaría un elemento definitorio sustantivo para la caracterización de los graves abusos económicos como "crímenes económicos contra la humanidad" para distinguirlos de los crímenes clásicos. En segundo lugar, se haría necesaria una definición más específica de lo que los "intereses económicos" son para el Derecho internacional. En este sentido, hablar por ejemplo de los fundamentos de las economías nacionales o regionales, e incluso del medio ambiente, como intereses o valores de una

35. BASSIOUNI, M. C., *Introduction to International Criminal Law*, Ardsley: Transnational, 2003, p. 133.

36. SCHABAS, W., "War economies, economic actors and international criminal law", en BALLETTINE, K., & NITZSCHKE, H., (Eds.), *Profiting from Peace: Managing the resource dimensions of civil war*, Boulder: Lynne Rienner, 2005, p. 431.

37. *Ídem.*

38. SCHMID, E., *Taking economic, social and cultural rights seriously in international criminal law*, *op. cit.*

evidente naturaleza económica, cuya grave afectación pueden poner en peligro intereses o valores ya reconocidos y protegidos por la comunidad internacional en su conjunto, como son la estabilidad y la paz internacional, sería avanzar adecuadamente en este sentido.

La tercera posible área de confluencia ocurriría cuando la conducta, el actor y el interés afectado fueran todos económicos, es decir, cuando los tres elementos entraran en juego. En este caso, el actor económico lleva a cabo una conducta económica abusiva y amenaza intereses legales de carácter económico³⁹.

El caso de la denominada estafa económica-financiera global del año 2008 y las medidas de ajuste y austeridad impuestas posteriormente para hacer frente a sus graves consecuencias en las economías nacionales, regionales y mundial, que fundamenta la aproximación al concepto del "delito económico-político" desarrollado por Naucke⁴⁰, parece que es el que con más nitidez puede integrarse en esta tercera constelación propuesta.

La gravedad de la naturaleza de esta gran crisis se aprecia en el hecho de que una forma de poder, fuera del ámbito estatal, que interviene tan profunda e intensamente sobre el orden y el equilibrio social, como es la que representa el sistema económico y financiero actual, haya invadido sin control y de forma tan agresiva el campo de los derechos y de las libertades fundamentales de los ciudadanos.

En este escenario concurren conductas de naturaleza propiamente económica, como la especulación financiera, y de motivación económica, como la imposición de medidas de ajuste estructural o de austeridad. Participan actores económicos privados, como son los bancos, las agencias de calificación, y actores públicos con motivaciones económicas, como los organismos financieros internacionales y los propios Estados expuestos por la crisis bancaria y de la deuda soberana. También quedan afectados bienes o intereses económicos colectivos, como son la propia economía y la estabilidad financiera, así como bienes individuales que podrían considerarse de naturaleza económica relacionados con la centralidad de las condiciones de vida de los seres humanos, el trabajo, la vivienda, la salud, entre otros.

A partir del análisis de las tres áreas de confluencia que han sido presentadas, podría decirse que la variable que resultaría más adecuada para la caracterización de estos "crímenes económicos contra la humanidad" vendría

39. SCHMID, E., "Distinguishing Types of 'Economic Abuses': A Three-Dimensional Model", *op. cit.* p. 243 y ss.

40. NAUCKE, W., *El concepto de delito económico-político. Una aproximación*, *op. cit.*

definida por la correlación de la presencia del actor económico, de la conducta económica y, subsidiariamente, del bien jurídico económico afectado.

La razón de priorizar esta confluencia es clara. El encuentro entre la figura de los "crímenes económicos" y los crímenes contra la humanidad tiene lugar, *prima facie*, cuando actores económicos, a través del desarrollo de conductas de naturaleza igualmente económica, afectan bienes jurídicos universales y fundamentales reconocidos por la comunidad internacional en su conjunto, que reflejan valores e intereses comúnmente aceptados y compartidos, como son la humanidad, el bienestar de la humanidad, la seguridad y la paz, además de otros bienes jurídicos personales como son la vida, la integridad física y la libertad.

Por tanto, puede decirse que nos encontraremos ante lo que hemos llamado un "crimen económico contra la humanidad" cuando un actor económico, público o privado, lleva a cabo un abuso de naturaleza económica de tal gravedad que afecta valores y bienes jurídicos fundamentales para toda la comunidad internacional en su conjunto, dentro de los que se sitúan los derechos humanos.

III. APROXIMACIÓN A UNA PROPUESTA DE DEFINICIÓN DE LOS "CRÍMENES ECONÓMICOS CONTRA LA HUMANIDAD"

El reconocimiento de la magnitud de la gravedad de los abusos económicos descritos en este trabajo exigiría componer un espacio en el Derecho internacional que regulase jurídicamente la prohibición de estas conductas, así como la responsabilidad de los actores implicados en ellas, en la medida que estos crímenes han estado ausentes en la construcción de un Derecho que trató, en su origen, de establecer límites a aquellas conductas de naturaleza política que resultarían contrarias a las exigencias de la conciencia pública, pero que hoy se revelan insuficientes para satisfacer las necesidades de protección de la población frente a las amenazas y a los riesgos contemporáneos propios de una sociedad apostada en los confines del capitalismo de la globalización neoliberal.

Con el objeto de contribuir a la construcción de ese posible marco regulador de los graves abusos de naturaleza económica en el Derecho internacional, se asume la tarea de realizar una aproximación a una posible definición de los "crímenes económicos contra la humanidad", para lo que se sigue la fórmula del artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que tipifica los crímenes contra la humanidad.

Dada la gran variedad de comportamientos de naturaleza económica y

económico-política que podrían entrar a formar parte de los actos subyacentes a esta figura, y porque sería imposible que la imaginación abarcara todo el espectro de conductas potencialmente subsumibles en ella, se ha optado por establecer una serie de categorías abiertas, además de una cláusula residual o final, que permita el reconocimiento de conductas no taxativamente señaladas, pero de la misma naturaleza y gravedad a las enumeradas anteriormente.

Los "crímenes económicos contra la humanidad", cuya regulación aspiraría a una protección integral de las personas y de los pueblos frente a los graves ataques económicos, financieras y medioambientales⁴¹, cometidos en el ejercicio del abuso del poder económico y económico-política por parte de actores estatales y no estatales, con capacidad de victimizar a la población, se definirían de la siguiente manera:

Se entenderá por "crimen económico contra la humanidad" cualquiera de las siguientes categorías de conductas cuando constituyan un ataque económico generalizado o sistemático sobre la población;

- a) Delitos económicos propiamente dichos como la corrupción política, la apropiación indebida, la administración desleal, el blanqueo de capitales, la especulación financiera en amplios sectores, incluidos algunos tan sensibles como los alimentos, los medicamentos o la vivienda, entre otros, que causaren graves daños sociales y a los fundamentos de las economías.
- b) Delitos económico-políticos como actos ejecutados mediante decisiones económicas, técnico-financieras y políticas trascendentes, que llevaran a la ruina del sistema económico, con consecuencias devastadoras para la ciudadanía, entre ellas algunas tales como las políticas de ajuste estructural o políticas de austeridad, cuando actuaran en contra de los intereses de la sociedad e impidieran el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos.
- c) Los delitos ambientales y los daños graves y permanentes provocados sobre el medio ambiente natural y, por ende, sobre la salud de los seres humanos y sus medios de vida, cuando sean consecuencia de actividades productivas, industriales, extractivas, del desarrollo

41. Agresiones mencionadas en el Preámbulo de "Principios de Madrid-Buenos Aires sobre Jurisdicción Universal". En estos principios se distingue entre los crímenes económicos y los crímenes ambientales. Los Principios fueron presentados el 9 de septiembre de 2015 en la ciudad de Buenos Aires. Véanse los Principios de Madrid-Buenos Aires de la Fundación Internacional Baltasar Garzón. Disponible en: <http://fibgar.org/upload/proyectos/35/es/principios-de-jurisdiccion-universal.pdf>.

4. LOS CRÍMENES ECONÓMICOS CONTRA LA HUMANIDAD. APROXIMACIÓN...

de megaproyectos, del acaparamiento de los recursos naturales y de otros actos de naturaleza similar, algunos de ellos en conexión con conflictos de carácter armado, regímenes dictatoriales o situaciones complejas de violencia política.

- d) La trata y el tráfico de personas para su explotación, incluida la explotación laboral, y cualquier otra forma de trabajo esclavo, en particular, la de mujeres y la de niños.
- e) Los delitos de asesinato, exterminio, traslado forzoso, tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable, desaparición forzada de personas, otros actos inhumanos de naturaleza similar, cuando su comisión, bajo diferentes formas de autoría o participación, formara parte de los objetivos, de las políticas o de los procedimientos conectados con el desarrollo de actividades de carácter económico de actores no estatales.
- f) Otros actos económicos inhumanos de carácter similar que crearen condiciones de existencia peligrosas o indignas para la población y causaran en consecuencia grandes sufrimientos o atentaran gravemente contra la vida, la integridad física o la salud mental o física, la libertad personal y organizativa, contra el trabajo, el acceso a los medios de vida adecuados, incluida la alimentación y la vivienda, la educación, el medio ambiente sano y los recursos naturales como la tierra y el agua.

A los efectos del párrafo 1:

Por ataque económico se entenderá una línea de conducta que implique la comisión de los actos mencionados en el párrafo 1 con gran extensión, escala e impacto sobre todos los derechos humanos y de los pueblos, llevado a cabo con conocimiento y a sabiendas de sus consecuencias, y de acuerdo con la política de una organización estatal o no estatal de cometer dicho ataque o de promover esa política.

Conclusiones

Este trabajo ha tenido como propósito estudiar las posibilidades que ofrece el Derecho internacional para abordar la criminalización de los graves abusos económicos y financieros subyacentes a una figura denominada "crímenes económicos contra la humanidad", bien a partir de la regulación jurídico positiva de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, bien desde el impulso a la construcción de una nueva categoría de este crimen internacional.

La regulación jurídico-positiva de los crímenes contra la humanidad ha constituido un hito histórico en el desarrollo del Derecho internacional y en su proceso de humanización. El propósito y el fundamento de esta categoría de crímenes de Derecho internacional no ha sido otro que el de la protección del ser humano frente a las conductas más aberrantes cometidas en el ejercicio del abuso del poder político, creando un sistema de *ius puniendi* y de responsabilidad penal individual internacionales.

Ahora bien, los cambios acelerados que ha experimentado la naturaleza como la distribución del poder en la sociedad internacional en los últimos tiempos, invitan a pensar que la protección de los principios y de los valores fundamentales y universales, que son salvaguardados por las normas que prohíben los crímenes contra la humanidad, debe acomodarse a las nuevas circunstancias sociales y económicas provocadas por estos mismos cambios, afrontando para ello nuevos retos globales.

Entre estos desafíos se encuentra la compleja transición que ha de realizarse desde un orden jurídico y político internacional basado en la primacía del Estado hacia una nueva arquitectura normativa e institucional que, influenciada por el análisis social y político de los problemas contemporáneos, desarrolle una capacidad de innovación conceptual sobre los fenómenos jurídicos necesarios para la modernización y la reforma del Derecho internacional.

El nacimiento de la figura de los "crímenes económicos contra la humanidad" es una forma de expresión de estas nuevas tensiones y desafíos que actualmente afronta el Derecho internacional. La protección integral del in-

dividuo y de los pueblos, frente a los más graves abusos económicos y económico-políticos, que no son de fácil encaje en la arquitectura conceptual del ordenamiento internacional clásico, y que se producen en el marco del proceso de globalización contemporánea que es selectivo, dispar, cargado de resistencias y contradicciones, es un reto de considerable importancia para el desarrollo y la evolución del Derecho internacional penal.

La propuesta de criminalizar los abusos económicos y económico-políticos bajo la categoría de los crímenes contra la humanidad recogida en el Estatuto de Roma, supone un enorme desafío legal que pasa por hallar elementos de conectividad jurídica entre ambas figuras.

El análisis y la interpretación de los elementos comunes de los crímenes contra la humanidad, desde el prisma de los "crímenes económicos contra la humanidad", ha concluido en la necesidad de interpretar y reelaborar la cláusula umbral para abordar estos graves abusos económicos en el marco jurídico del Estatuto de Roma.

En cuanto al "ataque", la propuesta pasa por construir una vía interpretativa de la evolución del elemento del contexto para los "crímenes económicos contra la humanidad" que significa separar los actos subyacentes a los crímenes contra la humanidad de la idea misma de ataque. Con ello se busca superar una definición que es restrictiva y circular, que se construye a partir de la idea de que el contenido y la descripción del ataque es la realización misma de los crímenes recogidos en el artículo 7 del Estatuto de Roma, y de esta manera se adentra en una definición más expansiva o flexible, cuyo contenido se aloja en otras conductas que son graves abusos económicos.

El hecho de diferenciar el ataque de los actos ilícitos subyacentes, podría dar lugar a afirmar que graves abusos de naturaleza económica como son la alta corrupción política, los daños graves, extensos y perdurables contra el medio ambiente, el tráfico o la trata de personas, las prácticas técnicas económico-políticas de ajuste o de austeridad, entre otras, cuando se convierten en prácticas sistemáticas o generalizadas, de acuerdo a la política de una organización estatal, no estatal o privada, constituyen nuevas formas de atentar sobre la población al afectar a valores fundamentales que son objeto de interés de la comunidad internacional. Estas prácticas generalizadas o sistemáticas podrían denominarse "ataques de carácter económico".

Respecto de la expresión "ataque contra la población civil", se propone la utilización de la expresión "ataque sobre la población civil", que incluye una dimensión que se encuentra implícita en los ataques de naturaleza económica, en el sentido de que la victimización de la población civil es

consustancial a la posición natural que ésta tiene en el contexto en el que se producen los graves abusos económicos, ya que las consecuencias, los impactos y los daños que se producen forman parte de los riesgos inherentes a la realización de estas prácticas o graves abusos de naturaleza económica, que pueden tener como propósitos distintos objetivos que la victimización de la población.

Con relación a la cuestión de que el ataque sea de conformidad con la política de un Estado o de una "organización" de cometer ese ataque o para promover esa política, cuando se reflexiona sobre los "crímenes económicos contra la humanidad", se ha concluido que es necesario profundizar, caso a caso, en el criterio interpretativo más amplio que ha seguido la Corte Penal Internacional en su jurisprudencia más reciente basado en el "test de la capacidad" de las organizaciones de llevar a cabo actos que infrinjan valores humanos básicos.

De acuerdo con la interpretación más amplia realizada por este órgano judicial, no solo las organizaciones estatales, sino también otro tipo de entidades como son grupos privados, que tengan un poder extraordinario, reunirían los criterios expuestos por la CPI en la *Decisión sobre la autorización de investigación sobre la situación en Kenia de 2010* y decisiones subsiguientes, integrándose en el alcance de la definición del término organización el artículo 7.2 del Estatuto de Roma.

El hecho de reconocer que actores económicos, con características estatales y no estatales, tienen capacidad para infringir valores humanos básicos y cometer ataques generalizados y sistemáticos contra la población civil, significaría que estos han de cometerse de acuerdo a una política organizacional, la cual debe desarrollarse y promulgarse.

El contenido de esta política, como elemento que confiere entidad a los actos criminales, que los relaciona y que determina que no son consecuencia de hechos fortuitos o aislados, ha de consistir en la promoción de objetivos, fines e intereses particulares dirigidos a la obtención de un beneficio, ganancia privada o lucro, o al mantenimiento de una posición o equilibrio de poder económico-político. Para su desarrollo se asume deliberadamente el riesgo de incurrir en la realización de los crímenes clásicos contra la humanidad o en los actos injustos subyacentes a la categoría de los "crímenes económicos contra la humanidad", sin la cual estos no hubieran tenido lugar de acuerdo al curso normal de los acontecimientos.

De la política de las organizaciones, al igual que de la política de los Estados, puede decirse que no debe ser una política adoptada formalmente, ni declarada de forma expresa o precisa, ni estrictamente planificada, sino que puede deducirse de la repetición de actos, de las actividades preparatorias o

de una movilización colectiva, y que puede ser una política activa, de promoción o de aliento, pero también una política de omisión deliberada en circunstancias excepcionales que apuntase conscientemente a alentar un ataque.

El examen de los injustos subyacentes a los crímenes contra la humanidad tipificados en el Estatuto de Roma, desde el prisma de los "crímenes económicos contra la humanidad", con el propósito de encontrar conexiones materiales entre los crímenes de ambas categorías, no sugiere evidencias claras que permitan afirmar la ausencia de obstáculos legales para una posible integración entre ellas.

De este modo, se puede concluir que acomodar los ilícitos que son graves abusos económicos dentro de los crímenes clásicos contra la humanidad, a partir de las técnicas de la superposición, la integración o la ampliación entre injustos, encontraría impedimentos jurídicos que chocarían básicamente con el principio de legalidad, con la prohibición de la extensión por analogía en la interpretación de los crímenes, con las dificultades probatorias de los elementos materiales y mentales de algunos crímenes, con el requisito general de intención exigidos, así como con el contexto requerido para los crímenes contra la humanidad, que es un elemento del tipo y no una mera cláusula de gravedad, aunque no todos ellos fueran totalmente insalvables.

La ampliación del crimen contra la humanidad "otros actos inhumanos" del Estatuto de Roma, hacia un "crimen económico contra la humanidad" de delitos económico-políticos, enfrentaría la dificultad de analizar si la inhumanidad exigida para los actos a partir de la aplicación del principio *ejusdem generis* podría dirimirse aplicando estándares de violaciones de derechos humanos, particularmente de los derechos económicos, sociales y culturales, lo que exigiría una visión más panorámica y contemporánea sobre todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como una interpretación teleológica de los propios crímenes contra la humanidad.

La superposición del "crimen económico contra la humanidad" de corrupción, con el crimen de asesinato recogido en el artículo 7 del Estatuto de Roma, conllevaría la dificultad de demostrar que las muertes ocurridas son resultado de un contexto institucionalizado de corrupción política, en la que los responsables conocían que aquel comportamiento constituía una línea de conducta, que crearía condiciones de existencia peligrosas para la población, que en el curso normal de los acontecimientos y de población civil, demostrarían con ello un total desprecio por la vida humana.

La integración del "crimen económico contra la humanidad" de trata de personas con el crimen de esclavitud contra la humanidad, a pesar de que pueda arrojar coincidencias en los elementos legales de los tipos, conllevaría el obstáculo de que la trata solo podría considerarse un crimen internacional cuando se cometiera en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, de acuerdo a la interpretación que se ha hecho del elemento del contexto de acuerdo al Derecho internacional consuetudinario y a la jurisprudencia de los tribunales internacionales. A día de hoy, no puede afirmarse que la trata de personas sea un crimen autónomo en el marco del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

El acrecimiento de la categoría de los crímenes contra la humanidad integrando nuevos injustos, como es el "crimen económico contra la humanidad" de graves daños ambientales o ecocidio, afrontaría los problemas derivados del cuestionamiento de la sustantividad propia del este crimen como un crimen internacional y de la afectación de valores humanos fundamentales universales como son el de humanidad, paz y seguridad internacionales, para ser tipificado como un nuevo crimen internacional.

En este orden de ideas, se podría afirmar que los "crímenes económicos contra la humanidad" no forman actualmente parte del ámbito material de los crímenes contra la humanidad tipificados en el Estatuto de Roma. Así, no sería posible utilizar este instrumento ni para la persecución de estos injustos, vía conexión con los crímenes que son taxativamente enumerados en su artículo, ni para exigir responsabilidad penal internacional para sus autores.

El desarrollo y la evolución que han tenido los crímenes contra la humanidad hasta este momento, tanto consuetudinaria como convencionalmente, no parecen estar encaminados en la dirección de ampliar el ámbito material, ni personal, de la competencia que otorga el Estatuto de Roma a la Corte Penal Internacional. Prueba de ello son los trabajos para la adopción de tratado internacional sobre los crímenes económicos contra la humanidad en los que se ha visto inmersa la Comisión de Derecho Internacional. La posibilidad de desvirtuar la naturaleza de la figura de estos crímenes de Derecho internacional, abordando de manera genérica graves violaciones de derechos humanos, cuando estas sean generalizadas o sistemáticas, es una resistencia de gran calado a la hora de considerar la integración de injustos de naturaleza no exclusivamente política y que generen daños a partir de formas no directas ni inmediatas de violencia, en esta categoría.

Solo de forma excepcional algunos de los abusos económicos a los que hemos hecho referencia en la definición de los "crímenes económicos con-

tra la humanidad" han formado parte de propuestas sometidas a consideración como ilícitos de especial gravedad en el campo del Derecho internacional penal, entre ellos los graves daños contra el medio ambiente, aunque no prosperaran en su momento.

Algunos de estos crímenes han sido tratados en el Derecho internacional como delitos o crímenes transnacionales que han dado lugar a la celebración de convenios que han tenido como propósito, no criminalizar internacionalmente dichas conductas, sino generar obligaciones internacionales para los Estados con el objeto de tipificar aquellos crímenes en los ordenamientos jurídicos nacionales, armonizar legislaciones y fortalecer la cooperación en la lucha contra los mismos.

A pesar de haberse alcanzado algunos avances, este sistema se ha manifestado insuficiente a todas luces teniendo en cuenta el propio carácter estructural y transnacional o transfronterizo de este tipo de crímenes, que involucra a jurisdicciones distintas a nivel internacional, la debilidad natural de las instituciones nacionales de los territorios en los que opera, las dificultades operativas y materiales para realizarse la cooperación internacional, el poder, la corrupción y la impunidad de los actores que operan detrás de los mismos, las consecuencias que estas conductas tienen sobre el deterioro de la legitimidad, la estabilidad de las instituciones, los valores de la democracia, el imperio de la ley y de la justicia, así como la amenaza que suponen para el desarrollo integral de los pueblos y la violación efectiva de los derechos humanos.

Los "crímenes económicos contra la humanidad", que abarcarían abusos económicos de grave naturaleza y consecuencias por el hecho de tener una dimensión general que afectaría a valores humanos fundamentales de carácter universal reconocidos por la comunidad internacional en su conjunto, interviniendo sobre esferas que son vitales para los seres humanos y los pueblos, generando importantes daños humanos, sociales, ambientales y económicos, que serían cometidos por entidades, grupos u organizaciones que ostentarían un extraordinario poder económico y económico-político, y que tendrían una gran capacidad de victimización y de actuar con impunidad, no encajen actualmente en el marco jurídico-co-positivo de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de Roma.

Ahora bien, esto no significa que no sean graves ofensas que exijan la intervención del Derecho internacional penal para su disuasión, persecución y sanción internacional a partir de la construcción de una nueva categoría de crímenes contra la humanidad.

Los elementos nuevos que aportaría nuestra propuesta de nueva categoría de "crímenes económicos contra la humanidad" serían:

CONCLUSIONES

- el reconocimiento jurídico de la trascendencia que tiene la dimensión económica en la construcción de una forma de poder que interviene profunda e intensamente en la vida de las personas y los pueblos creando nuevos riesgos, amenazas y desafíos para el Derecho internacional. En este sentido, se avanzaría sobre el reconocimiento de que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional pueden cometerse también por lucro.
- el reconocimiento jurídico de que en la evolución histórica de los crímenes contra la humanidad, los intereses protegidos han estado limitados a los daños directos contra las personas, y a día de hoy se han de tomar en cuenta ataques de distinta naturaleza sobre estos intereses protegidos que pueden tener efectos o consecuencias sobre el bienestar de la humanidad, la paz y la seguridad internacionales.
- el reconocimiento jurídico de la capacidad de los actores económicos, estatales y no estatales, de cometer crímenes de Derecho internacional, sufriendo responsabilidad internacional las personas naturales.
- el reconocimiento jurídico de la responsabilidad internacional, penal o civil, de las personas jurídicas con el objeto de dimensionar la magnitud de la naturaleza de ciertos crímenes, los cuales forman parte de una cultura corporativa, de las políticas, de los objetivos y de los procedimientos de una entidad, sin cuya arquitectura la persona natural ejecutora no hubiera procedido u obrado.
- el reconocimiento jurídico de la importancia de introducir conceptos como el "deber de cuidado" o la "diligencia debida" para la calificación jurídica de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional.

Si una vez el Derecho internacional evolucionó criminalizando el abuso del poder político de los Estados contra sus propios ciudadanos, algo que parecía inconcebible hasta después de la Segunda Guerra Mundial, debido a las muy pocas injerencias de esta rama del Derecho en la soberanía estatal, hoy es necesario que este Derecho avance de la misma manera hacia una protección integral del ser humano frente a aquellos abusos del poder económico y económico-político, que tienen lugar en la esfera internacional, y que vulneran bienes jurídicos fundamentales reconocidos por la comunidad internacional.

Este desarrollo debe dar respuesta a la misma evolución de las leyes de la humanidad y al impulso de las exigencias de la conciencia pública en

el devenir de los tiempos aunque hoy por hoy parezca totalmente extemporáneo e improcedente que el Derecho internacional penal sea la rama jurídica llamada a abordar este tipo de abusos.

La labor de construir una arquitectura normativa e institucional que tenga como objeto prevenir, perseguir y sancionar los crímenes económicos y político-económicos y a sus responsables, que mostrando una gran indiferencia y falta de respeto por la vida humana, además de un implacable poder cuya máxima expresión es la impunidad, atentan severamente contra las personas y los pueblos y socavan los valores y las instituciones fundamentales, democráticas y la estabilidad social internacional, llevaría sin lugar a dudas a fortalecer la protección que el Derecho internacional ofrece a la humanidad en su conjunto frente a las formas contemporáneas más crueles de agresión que se llevan a cabo.

En este sentido, no sería posible sostener con absoluta firmeza que existen insalvables obstáculos jurídicos en el campo del Derecho internacional penal para que los graves daños contra el medio ambiente o los conflictos que derivan de la explotación de los recursos naturales no pudieran considerarse una de las más aberrantes formas de atentar contra el ser humano, al poner en peligro la salud, la integridad física y las expectativas vitales de generaciones presentes y futuras, afectadas por la magnitud, la perdurabilidad y el impacto de estos actos sobre la propia sostenibilidad de la vida humana y del medio físico; tampoco se podría argumentar que las peores formas de trato hacia los seres humanos, consecuencia de los procesos transnacionalizados de producción e industrialización, amparados en el capitalismo salvaje, o resultado de prácticas al margen de la ley llevadas a cabo por el crimen organizado, no sean considerados gravísimas violaciones a los derechos humanos internacionalmente reconocidos y merezcan un régimen de sanción y de persecución que permita alcanzar a sus autores, persuadirlos de no volver a cometer semejantes atrocidades y reparar a las víctimas; tampoco se podría defender que los crímenes como los asesinatos, los desplazamientos forzados y las agresiones sexuales, cuando son generalizados y sistemáticos, y cometidos por actores con un gran poder de victimización, aunque no sean estatales, movidos por el ánimo de lucro y mostrando un gran desprecio por la vida humana, no sean considerados graves violaciones a los derechos humanos y crímenes de Derecho internacional apelando a la intervención del régimen internacional penal vigente; tampoco se encontrarían argumentos para que la corrupción política, cuando es institucionalizada, y afecte al orden público de los intereses generales, a la consecución del bien común y suponiendo un grave atentado contra la sociedad, no forme parte de los

crímenes más graves contra la población, evitando además con ello que los vacíos de gobernabilidad y de institucionalidad democrática dejen impunes crímenes de gravísimas trascendencia; tampoco habría razones para que el abuso de poder económico y económico-político, en función de la categórica influencia que ejercen sus fuerzas en el desarrollo de las esferas vitales para los seres humanos, cuando destruye intereses y valores fundamentales, como son los derechos económicos, sociales y culturales, cuya violación generalizada y sistemática no se halla criminalizada internacionalmente, no se encuentre tipificado por un Derecho llamado a controlar el poder organizado; no habría excusas para que, en definitiva, se reconozca que estos graves abusos económicos tienen víctimas que merecen ser visibilizadas, las cuales pueden narrar una interminable estela de atentados contra sus medios de vida, su territorio, sus recursos naturales, sus alimentos, sus hogares, su cultura, sus empleos, sus opciones de educarse, su integridad física, su integridad sexual, su salud, sus expectativas de curarse, su libertad, su vida y su dignidad. Son las víctimas de los "crímenes económicos contra la humanidad".

La evolución del Derecho internacional penal hacia la regulación de los "crímenes económicos contra la humanidad", como crímenes de Derecho internacional, depende más de decisiones políticas que de oportunidades jurídicas, en tanto en cuanto, como hemos visto, esta rama del Derecho no presenta obstáculos jurídicos totalmente insalvables para el tratamiento de estos abusos como una cuestión de desarrollo progresivo. El impulso y la convergencia política sobre esta materia estimularían, sin lugar a dudas, el debate y la labor jurídica para afrontar todas las dificultades, los conflictos y las tensiones legales que puedan hacer posible el desarrollo y la tipificación internacional de esta figura.

De la forma y de la premura con que la justicia internacional penal aborde este desafío jurídico y político nuestro mundo resultará un lugar más seguro y más justo para la familia de la humanidad.

SEGUNDA LECTURA

Ambos, K. (2018). *Derecho Penal Internacional Económico: Fundamentos de la responsabilidad penal internacional de las empresas*. Navarra, España. Editorial Aranzandi, pp. 23-69.

Se denomina Derecho Penal Internacional Económico a una parte del Derecho Penal Internacional (DPI) que se ocupa de aquellos comportamientos de empresas o de sus responsables que conllevan una infracción de normas penales del Derecho Internacional.

DERECHO PENAL INTERNACIONAL ECONÓMICO

Fundamentos de la
responsabilidad penal
internacional de las
empresas

KAI AMBOS

Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Facultad de Derecho de la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania). Director General del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la Universidad de Göttingen (Alemania). Juez del Tribunal especial para el Kosovo (*Kosovo Specialist Chambers*), La Haya, Países Bajos; *amicus curiae* de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), Colombia.

(Traducción a cargo de Gustavo Urquiza, LL.M, doctorando y docente en la Georg-August-Universität Göttingen)

CIVITAS



THOMSON REUTERS

Primera edición, 2018



THOMSON REUTERS PROVIEW eBooks
Incluye versión en digital

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión. La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Civitas es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2018 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Kai Ambos]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-9197-768-1

DL NA xxxx-xxxx

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.

Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL

Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11

31013 - Pamplona

I

OBSERVACIONES CONCEPTUALES PRELIMINARES

Se denomina Derecho Penal Internacional Económico a una parte del Derecho Penal Internacional (DPI) que se ocupa de aquellos *comportamientos de empresas o de sus responsables* que conllevan una infracción de normas penales del Derecho Internacional¹. Por lo general, las empresas en cuestión –en su calidad de actores privados, no estatales²– están organizadas de una forma transnacional o

1. Cfr. *Jeßberger*, en: *Jeßberger/Kaleck/Singelstein*, p. 13 ss.; también *Wittig*, en: *ibid*, p. 241, 242 («Aplicación del Derecho Penal Internacional vigente respecto de actores económicos...»); acerca de la creciente importancia del Derecho Penal Internacional en este ámbito *International Commission of Jurists (ICJ)* (2008), p. 5; a favor de un tal Derecho Penal Internacional Económico *Soyer*, en: *Kert/Lehner*, p. 113, 125.
2. Además de ello constituyen non-state actors sobre todo los «armed (opposition) groups», cfr. *ILA* (2014), p. 3, 5 ss.; además *Clapham*, en: *Moeckli et al.*, p. 557 («entity that is not a state», «civil society» und «uncivil groups»). En el caso de las empresas estatales no consideradas en lo sucesivo (sean de un solo estado o de varios de ellos) viene en consideración una responsabilidad directa de los estados de acuerdo con las reglas generales del Derecho Internacional, cfr. por ejemplo *Thurner* (2012), p. 53 s.

multinacional³. Esos comportamientos están relacionados con la actividad económica (producción/procesamiento/comercialización de productos/servicios). Se trata pues de comportamientos del ámbito económico⁴, que aparecen a menudo como comportamientos lícitos («neutrales») («ancillary/neutral business activities», «actionis neutres»). Las normas penales del Derecho Internacional correspondientes son, en principio, los *crímenes nucleares* del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), es decir, el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad; en esencia, se trata aquí de normas de sanción de graves violaciones de derechos humanos así como de sus normas primarias de comportamiento⁵. El crimen de agresión ocupa un lugar especial, pues está configurado como un crimen de autoridad («leadership crime»), por lo cual solo puede ser cometido por una persona que se encuentra «en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado» (Art. 8 bis párr. 1 ECPI). Si bien se discute si bajo esa noción también podría comprenderse a

3. Cfr. ILA (2014), p. 5, según el cual en el caso de una «transnational corporation» existiría una «unified corporation strategy», mientras que en el caso de las «multinational corporations» diversas empresas (en principio, independientes) trabajarían conjuntamente de un modo global.
4. Respecto al concepto de la relación con el negocio, relevante en ese sentido para la responsabilidad jurídica v. infra Cap. IV, nota 27 s. y texto principal.
5. Acertadamente a favor de una limitación proveniente de los derechos humanos *Thurner* (2012), p. 220 ss., 227 s., 277 s. (con un catálogo concreto en p. 224, que si bien contiene como cuarto grupo los crímenes nucleares del ECPI sin embargo en general se extiende más allá de ellos).

los directivos de empresas, sin embargo, aquí esa cuestión no es abordada⁶. Adicionalmente a los crímenes nucleares del Derecho Internacional, los comportamientos del ámbito económico también pueden estar referidos a *crímenes transnacionales*, como el terrorismo y el tráfico de drogas. En ese sentido podría hablarse de Derecho Penal Internacional Económico en sentido amplio⁷.

El *fin de protección* del Derecho Penal Internacional Económico se distingue del fin del *Derecho Penal Económico*⁸ (nacional, transnacional o internacional). Mientras que este último se dirige a la protección de bienes jurídicos del ámbito económico (por ejemplo, de la competencia/de la economía, del patrimonio individual o colectivo –nacional o transnacional–), el Derecho Penal Internacional Económico protegería los mismos bienes jurídicos que el Derecho Penal Internacional en general, o sea, los intereses fundamentales de la comunidad internacional, en especial, la paz mundial y la seguridad internacional, así como los derechos humanos. Es decir, en el

6. *Ambos* (2014), p. 205 s.; al respecto también *Nerlich*, JICJ 8 (2010), 895, 906 ss. (restrictivamente).

7. En ese sentido, a favor de una criminalización de «serious (transitional) economic offences», por ejemplo, *Roksandi & Vidlička*, ZStW 129 (2017), 851 ss.; *la misma* (2017), p. 31 ss. Esto también se aplica al tráfico de órganos abordado por el Prof. *Dannecker* durante nuestro Seminario germano-francés (Göttingen, 27 y 28.10.2017).

8. El derecho penal económico transnacional comprende aquellas disposiciones jurídico-penales del derecho internacional (de los tratados) que criminalizan ataques contra bienes jurídicos del ámbito económico o imponen a los Estados Parte la implementación de las correspondientes normas penales en sus derechos internos.

Derecho Penal Internacional Económico no se trata de la protección del tráfico económico o del orden económico (internacional), sino de la protección de derechos humanos fundamentales o –en el contexto de la concepción de *Naucke* referida a un derecho penal económico entendido políticamente– de la protección de la libertad ante su destrucción a través del poder económico⁹. Como es natural, la creciente apertura del Derecho Penal Económico clásico a los derechos humanos conduce a superposiciones, especialmente en el marco del *compliance* respecto a los derechos humanos. No obstante, ello no altera en nada la orientación primariamente divergente de esos dos ámbitos¹⁰. La ofensiva del Derecho Penal Internacional sobre el colectivo, esto es, la búsqueda de su *accountability* en el ámbito del Derecho Penal Internacional, está basada en la premisa de que, por lo regular, la comisión de crímenes macrocriminales solo es posible con los inmensos recursos organizativos y financieros que usualmente son puestos a disposición por los actores económicos¹¹. A menudo existe también una intervención estatal en los

-
9. *Naucke* (2012), p. 4 (efecto destructivo «respecto de la libertad personal y de las instituciones jurídicas protectoras de la libertad»); al respecto *Bung*, en: *Jesberger/Kaleck/Singelstein*, p. 129, 131 ss.; *Wittig*, en: *ibid*, p. 258 s.
 10. Respecto a una depreciación económica de los productos producidos bajo violaciones de derechos humanos recientemente *Grützner/Boerger/Momsen*, CCZ 11 (2018) 50, 54 (compliance de derechos humanos como factor valorizador y componente de los «Non-Financial Factors o Risks»).
 11. *Abrantes*, RPCC 26 (2016), 78; *Bernaz*, JICJ 15 (2017), 527, 528.

crímenes, de modo que una persecución penal está excluida de facto¹².

En otros idiomas, el ámbito del Derecho Penal Internacional Económico es descrito con un enfoque referido a la responsabilidad penal del colectivo en el ámbito del Derecho Penal Internacional, lo cual se corresponde con el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por ejemplo, como «responsabilité des personnes morales au droit pénal international», «corporate criminal liability in international criminal law» —aunque ambos conceptos también son utilizados en relación con el Derecho Penal Económico Internacional¹³. La terminología utilizada en el extranjero se debe también al hecho de que ella carece de la distinción existente, por ejemplo, en la terminología alemana (*internationales Strafrecht* y *Völkerstrafrecht*).

12. Cfr. también *Adam* (2015), p. 246 (la no sanción de violaciones de derechos humanos como «ventaja» económica).

13. En ese sentido también se encuentran términos tales como «Droit Pénal International Économique», «Derecho Penal Internacional Económico» e «International Economic Criminal Law».

II

LA INTERVENCIÓN DE LAS EMPRESAS EN EL INJUSTO PENAL INTERNACIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PRAXIS JURÍDICA

En lo que respecta a la concreta intervención de empresas en crímenes internacionales –en el sentido de una «implicación empresarial indeseable» («undesirable business involvement»)¹ entendida de forma amplia y no técnica–, surge de diversos estudios, reportes de ONG e investigaciones periódicas que ella, especialmente en el ámbito de las industrias extractivas, se lleva a cabo de una forma

1. Cfr. ICJ (2008), Vol. 1, p. 3 s. (indicando que en el discurso de los derechos humanos el término de la «complicity» sería entendido más bien de un modo no jurídico y en «a much richer, deeper and broader fashion» como «undesirable business involvement», donde la ICJ misma lo entiende –en el sentido de un «policy concept»– como «valuable tool enabling evocative description of the various ways in which companies become involved in undesirable ways in the perpetration of human rights abuses..»); similar ICJ (2008), Vol. 2, p. 2 (uso del término «involvement» en lugar de «complicity», porque este sería poco claro (!)); también Ramasastry, BerkJIntL 20 (2002), 91 (100); Ramasastry/Thompson (2006), p. 17.

bastante diversa². En términos generales, puede distinguirse entre casos de *intervención en calidad de autoría directa e indirecta* y de *intervención sin calidad de autoría*. La primera forma de intervención, que se presenta con menor frecuencia, comprende, por ejemplo, la comisión del hecho por parte de trabajadores de empresas de seguridad privadas³, la apropiación de la propiedad ajena/saqueo o la utilización de trabajadores esclavizados⁴. Bastante

2. *Ramasastry*, BerkJIntL. (2002), 100 ss.; *Clapham/Jerbi*, Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 24 (2001), 341 ss.; ICJ (2008) Vol. 1, p. 27 ss. (cuatro situaciones específicas en las que las empresas (i) «provide goods or services», (ii) «use security providers [criminales]», (iii) «purchase from a supplier [criminal]» y (iv) el socio comercial «perpetrates gross human rights abuses»); ICJ (2008), Vol. 2, p. 37 ss. (más detalladamente respecto a las situaciones (i)-(iii)); *Kaleck/Saage-Maafß*, JICJ (2010), 703 ss. (distinguiendo genéricamente entre la cooperación con regímenes dictatoriales y actividades en zonas de conflicto; en el primer caso, las empresas aprovechan la situación, facilitan las violaciones de derechos y apoyan al régimen correspondiente; en el segundo caso, incentivan los respectivos conflictos y prestan servicios); *Huisman/van Sliedregt*, JICJ 8 (2010), 803 (816 s.); *Thurner* (2012), p. 85 ss.; *Meyer*, ZStrR 131 (2013), 63 ss. (cinco categorías de violaciones de derechos humanos); *Adam* (2015) p. 25 ss.; *Olson*, IntHumRightsLawJ, 1 (2015) issue 1, Article 5, 3 («four categories» de intervención) así como reportes en www.business-humanrights.org; *Kathollnig* (2016), p. 165 ss., 242 ss. (posibles violaciones de derechos humanos y su comprensión típica). Crítico sobre la ausencia de una comprobación empírica *Burchard*, JICJ 8 (2010), 919 (927).

3. Al respecto ICJ (2018), Vol. 1, p. 29; *Meyer*, ZStrR 131 (2013), 63.

4. Como, por ejemplo, en los casos de la posguerra expuestos en III. 1, que, sin embargo, *Ramasastry*, BerkJIntL 20 (2002), 102, 117 quiere clasificar dentro de la «direct complicity».

más frecuente⁵ es en cambio la intervención que no conlleva la calidad de autoría, la cual, en todo caso, puede por lo general calificarse –en términos jurídico penales– como complicidad («complicity» en sentido técnico). En tal sentido, –con base en la categorización del UN Global Compact⁶– desde una perspectiva de la práctica jurídica se puede distinguir entre tres formas⁷:

- Complicidad directa (*direct complicity*): «cuando una empresa provee bienes o servicios que sabe serán utilizados para llevar a cabo la violación»⁸;

5. Cfr. *Stoitchkova* (2010), p. 103 s. («rarely material perpetrators», «focus on complicity»); *Kyriakakis*, IRRC 94 (2012), 997 (gran parte de la intervención empresarial en crímenes): *Meyer*, ZStW 126 (2014), 128 («complejas formas de intervención indirecta»).
6. Es un tratado entre la ONU y las empresas –adoptado en el Foro Económico Mundial de Davos en 1999–, <https://www.unglobalcompact.org/>, en el que éstas se obligan a la observancia de diez principios, cfr. <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles> (último acceso: 25.03.2018).
7. Cfr. las explicaciones sobre el principio 2 en <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles/principle-2> (último acceso: 25.03.2018) Cfr. también *Clapham / Jerbi*, *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 24 (2001), 339, 342 ss.; *Ramasastri*, *BerkJIntL* 20 (2002), 101 ss.; *Stoitchkova* (2010) p. 105 s., 113 ss.; *Adam* (2015) p. 170; algo diferenciado *Engelhart*, en: *Burchard/Triffterer/Vogel*, p. 175, 176 s. («direct involvement» e «indirect involvement» mediante «material» o «financial support»).
8. (N. del T., Texto original: «when a company provides goods or services that it knows will be used to carry out the abuse») *Clapham/Jerbi*, *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 24 (2001), 346 («... directly complicit in human rights abuses where it decides to participate through assistance in the commission of human rights abuses and that assistance

- Complicidad indirecta (favorecedora): «cuando una empresa se beneficia de las violaciones de derechos humanos, incluso sin haber cooperado de modo positivo o haberlas causado»⁹;
- Complicidad silenciosa (*silent complicity*): «cuando la empresa no dice ni hace nada frente a violaciones sistemáticas o continuas de derechos humanos»¹⁰.

Sin embargo, esas formas de complicidad no son penalmente relevantes en la misma medida; en especial, la «complicidad silenciosa» ostenta más

contributes to the commission of the human rights abuses by another»); a favor *Ramasastri*, *BerkJIntL* 20 (2002), 102.

9. (N. del T., Texto original: «when a company benefits from human rights abuses even if it did not positively assist or cause them»); *Clapham/Serbi*, *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 24 (2001), 347: «... the business need not cause the harm for it to become tainted by the abuses»; también *Ramasastri*, *BerkJIntL* 20 (2002), 102 s., quien cuenta cómo uno de estos al caso *Doe v. Unocal* (trabajo forzado y cooperación con la dictadura militar birmana en el marco de la industria del petróleo) (132 ss.) y sobre esa base define la «beneficiary complicity» de la siguiente manera: «... an MNC's. [Multinational Corporation's] knowledge of ongoing human rights violations, combined with its acceptance of direct economic benefit arising from the violations and continued partnership with a host government...» (150).
10. (N. del T., Texto original: «when the company is silent or inactive in the face of systematic or continuous human rights abuse») *Clapham/Serbi*, *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 24 (2001), 347 s. («The notion of silent complicity reflects the expectation on companies that they raise systematic or continuous human rights abuses with the appropriate authorities»); también *Ramasastri*, *BerkJIntL* 20 (2002), 103 s.

bien una «dimensión moral» («moral dimension»)¹¹ y no algo que pueda fundamentar una responsabilidad penal¹² y, como consecuencia de ello, remite también al concepto no técnico de «complicidad» («complicity»)¹³. Volveremos sobre ello en relación con grupos de casos concretos en el marco de la discusión acerca de la punibilidad de la complicidad (*infra* V.2.3)).

11. *Clapham/Jerbi*, *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 24 (2001), 348.

12. Cfr. también Principle 2, UN Global Compact, *supra* Cap. II, nota 7: «This is the most controversial type of complicity and is least likely to result in legal liability». Contra una responsabilidad con base en una silent complicity también *Stoitchkova* (2010) p. 134-7, 137 s.

13. Cfr. *supra* Cap. II nota 1.

III

LA PRAXIS DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

1. NÚREMBERG

Los precedentes históricos están constituidos por los procesos subsecuentes de Núremberg contra Flick¹, Krupp², I.G. Farben³, los trabajadores bancarios Puhl y Rasche en el marco del así denominado «Wilhelmstraßenprozess»⁴ y el caso Zyklon-B⁵; también resulta significativo, aunque poco atendido, el proceso seguido ante el tribunal de guerra británico en Hong Kong contra nueve empleados de la compañía minera japonesa Nippon debido a los

1. U.S. v. Friedrich Flick et al., *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No 10 (TWC)*, Vol. VI, US Government Printing Office 1952 («The Flick Case»).
2. U.S. v. Alfried Krupp et al., *TWC*, Vol. IX, 1950 («The Krupp Case»); al respecto *Ramasastri*, *BerkJIntL* 20 (2002), 108 ss.
3. U.S. v. Krauch et al., *TWC*, Vol. VII y VIII (Urteil), 1953 («The I.G. Farben Case»); al respecto *Ramasastri*, *BerkJIntL* 20 (2002), 106 ss.
4. U.S. v. von Weizsäcker et al., *TWC*, Vol. XIV («The Ministries Case»), 1951, 467 ss., 609-21 (Puhl), 621 s. (Rasche); respecto a Rasche *Ramasastri*, *BerkJIntL* 20 (2002), 112 s.
5. British Military Court, Hamburg, Case No. 9, *The Zyklon B Case. Trial of Bruno Tesch and two others*, 1946.

trabajos forzados a los que fueron sometidos prisioneros de guerra⁶. En todos estos procesos, industriales y empleados bancarios de alto rango, es decir, personas naturales, comparecieron ante los tribunales debido a su intervención en los crímenes del régimen nacionalsocialista o del gobierno japonés, sin embargo, también se trataba de la responsabilidad –en todo caso moral– del sistema económico alemán considerado globalmente y de algunas empresas en particular⁷. En ese sentido, se puede decir que la responsabilidad colectiva de las empresas alemanas líderes –dicho más exactamente, el reproche a su responsabilidad colectiva como parte de una «organización integral de una economía de guerra»⁸– constituía el mensaje de los procesos contra sus representantes⁹. Naturalmente, esto

6. Al respecto *Ramasastri*, BerkJIntL 20 (2002), 114 ss. con notas adicionales.
7. Cfr. *Priemel* (2016), p. 170 ss. (en especial respecto al proceso Krupp); resumidamente *el mismo*, en: Jeßberger/Kaleck/Singelstein, p. 25, 29 ss.; también *Thurner* (2012), p. 212 ss.
8. *Priemel*, en: Jeßberger/Kaleck/Singelstein, p. 29, también 44 («forma específicamente nacionalsocialista de la Public Private Partnership»).
9. Acerca de los enfoques explicativos de la instancia acusadora en ese sentido cfr. *Priemel* (2016), p. 165; cfr. también *el mismo* en Jeßberger/Kaleck/Singelstein, p. 36 ss., 42 ss. (donde si bien este hace referencia a que no se pensó en perseguir a la empresa –«persecución de la empresa... claramente no fue pensada» [36 s.]–, sin embargo, al mismo tiempo también a los esfuerzos de una comprensión de la responsabilidad de la empresa como tal, en especial mediante el «institutional approach» de Drachsler [37 ss.], y la equiparación fáctica del comportamiento individual y el corporativo, por ejemplo, por parte de Telford Taylor [50]). Cfr. también *Stoitchkova* (2010) p. 102 («essentially deemed

no cambia en nada la restricción jurídico-formal a la persecución de personas individuales, tal como surge especialmente del Art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional¹⁰ (Estatuto del TMI)¹¹. En nuestro contexto, tampoco ayuda la posibilidad de criminalización de determinadas organizaciones (Art. 9 Estatuto del TMI)¹² –el único precepto de Núremberg referido a la responsabilidad colectiva¹³–, pues esa posibilidad únicamente fue utilizada¹⁴ para organizaciones políticas y precisamente no para organizaciones simplemente económicas;

-
- the corporations responsible...»); *Ramasastri*, BerkJIntL 20 (2002), 108, 112 y passim («Tribunal's focus on the actions of the corporate entity» [108], «attribution of criminal liability» a la empresa [Krupp], que aparecería como «prime actor and perpetrator» del crimen [108], «attributed intent to the corporate entity...» [112]); *Kathollnig* (2016), p. 142 s. (indirectamente condenado por la política empresarial).
10. 8 de agosto de 1945, UN Treaty Series (UNTS) 82 (1951) 280.
 11. Condena de los «major war criminals» o «persons», «que han cometido crímenes como *personas individuales* o como *miembros de una organización o grupo* [...] en interés de los estados pertenecientes al eje europeo».
 12. El precepto señala en su decisiva primera oración: «En el proceso contra solo un miembro de un grupo u organización, el tribunal puede declarar (en conexión con cualquier acción, por la cual el acusado es condenado) que el grupo o la organización, del cual el acusado era miembro, era una organización criminal».
 13. Más detalladamente *Adam* (2015) p. 38 ss.
 14. International Military Tribunal Nuremberg (IMT), Trial against the Major War Criminals Vol. I, 257: «The Indictment asks that the Tribunal declare to be criminal the following organizations: The Leadership Corps of the Nazi Party; the Gestapo; the SD; the SS.; the SA; the Reich Cabinet, and the General Staff and High Command of the German Armed Forces».

además –al contrario de lo que cree *Adam*¹⁵– solo fue prevista para ello. Por otra parte, este precepto solo servía para la preparación de la condena contra los miembros de esas organizaciones por su pertenencia a ellas (Art. 10 Estatuto del TMI)¹⁶, es decir, al final también se trataba de una responsabilidad individual¹⁷.

No obstante, se podrá decir que en el Art. 9 del Estatuto del TMI y en la respectiva declaración de la naturaleza criminal de cuatro organizaciones nazis (cuerpo directivo del Partido Nacional-socialista Obrero Alemán, Gestapo, SD y SS)¹⁸ también estaba al menos involucrado el reconocimiento de la responsabilidad penal de personas jurídicas privadas¹⁹. Especialmente en el proceso contra I.G. Farben²⁰ se reconoció explícitamente la peligrosidad

15. *Adam* (2015) p. 51 s.

16. En tal sentido, no puede pasarse por alto que la mera pertenencia no bastaría para una responsabilidad penal, sino que tendría que existir el conocimiento de los objetivos criminales de la organización o la intervención personal en sus hechos, cfr. IMT, Trial against the Major War Criminals Vol. I, 256: «[...] exclude persons who had no knowledge of the criminal purposes or acts of the organization [...] unless they were personally implicated in the commission of acts declared criminal by Article 6 of the Charter as members of the organization. Membership alone is not enough to come within the scope of these declarations».

17. Cfr. también *Meyer*, ZStW 126 (2014), 122 s.

18. IMT, Trial against the Major War Criminals Vol. I, p. 257 ss.

19. En ese sentido, acertadamente *Adam* (2015) p. 51, 53 (Modelo de Núremberg como origen).

20. Respecto a la empresa IG Farben en el Tercer Reich y el proceso crít. *Jefberger*, JZ 2009, 924 ss.; *el mismo*, JICJ 8 (2010), 783 ss.; también *Adam* (2015) p. 55 ss.

de la intervención empresarial en crímenes internacionales y concretamente en el sentido de una responsabilidad colectiva de la empresa como tal:

«Cuando individuos particulares, *incluyendo personas jurídicas*, proceden a aprovechar la ocupación militar adquiriendo propiedad privada en contra de la voluntad y el consentimiento de su anterior propietario, esa acción... constituye una violación del Derecho Internacional... Del mismo modo, cuando un individuo particular o una *persona jurídica* se convierte en parte de una confiscación ilegal de propiedad pública o privada... la adquisición bajo tales circunstancias que sigue a la confiscación constituye una conducta que viola los Reglamentos de La Haya»²¹.

«Respecto a los cargos de la presente acusación que se refieren a las *actividades de Farben* en Polonia, Noruega, Alsacia-Lorena, y Francia, encontramos que la prueba establece más allá de una duda razonable que los delitos contra la propiedad... fueron *cometidos por Farben*, y que estos delitos estuvieron conectados con y fueron una inextricable parte de la política alemana respecto a los países ocupados como se ha descrito anteriormente...

21. TWC, Vol. VIII, p. 1132 s. (resaltado del autor). [Texto original: «Where private individuals, *including juristic persons*, proceed to exploit the military occupancy by acquiring private property against the will and consent of the former owner, such action... is in violation of international law... Similarly where a private individual or a *juristic person* becomes a party to unlawful confiscation of public or private property... acquisition under such circumstances subsequent to the confiscation constitutes conduct in violation of the Hague Regulations»].

El resultado fue el enriquecimiento *de Farben...* a costa de los anteriores propietarios. Tal acción *por parte de Farben* constituyó una violación de los Reglamentos de la Haya»²².

«No se pueden tolerar las *actividades de Farben* en cuanto a los despojos. Aunque *Farben* no marchó junto al ejército alemán, por lo menos, no estuvo lejos de éste»²³.

La última oración, de hecho ya célebre, queda explicada por la relevancia fundamental que ostentaba IG Farben para el ejército alemán de esa época (Wehrmacht) en cuanto a la provisión de botas sintéticas y combustible a los militares, para lo cual la empresa empleó alrededor de 300.000 personas, aproximadamente la mitad de ellas en calidad de mano de obra barata o esclavizadas²⁴. Por otro

22. TWC, Vol. VIII, p. 1140 (resaltado del autor). [Texto original: «With reference to the charges in the present indictment concerning *Farben's activities* in Poland, Norway, Alsace-Lorraine, and France, we find that the proof establishes beyond a reasonable doubt that offenses against property... were *committed by Farben*, and that these offenses were connected with, and an inextricable part of the German policy for occupied countries as above described... The result was enrichment *of Farben...* at the expense of the former owners. Such action *on the part of Farben* constituted a violation of the Hague Regulations»]

23. TWC, Vol. VIII, p. 1153 (resaltado del autor). [Texto original: «One cannot condone the *activities of Farben* in the field of spoliation. If not actually marching with the Wehrmacht, *Farben* at least was not far behind»]

24. Cifra mencionada supra en *Jeßberger*, JZ 2009, 925; en el mismo, JICJ 8 (2010), 785 se habla de 150.000 personas empleadas, de las cuales un tercio serían esclavos o trabajadores inmigrantes. Cfr. también *Hayes*, en: Fritz Bauer

lado, el objetivo del proceso era –por así decirlo, en un segundo paso²⁵–, presentar a los líderes de la empresa que fueron acusados –todos sin excepción miembros de la dirección y del consejo de administración– como «generales con traje» («generals in grey suits»)²⁶ y, en ese sentido, esbozar una imagen representativa de la industria irrenunciable para la maquinaria de guerra nacionalsocialista. De los 23 acusados, 13 fueron condenados por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad en la forma de saqueo y apropiación de propiedad ajena así como por haber intervenido en un programa de trabajo esclavizado²⁷; sin embargo, el suministro del gas venenoso Zyklon B en el campo de concentración quedó sin consecuencias penales –debido a la falta de un conocimiento demostrable de su uso mortal–²⁸. Los acusados también fueron absueltos

Institut, p. 99 ss. (quien habla de 330.000 empleados, de los cuales alrededor de la mitad eran trabajadores esclavos o inmigrantes).

25. Cfr. *Adam* (2015) p. 56, quien distingue un procedimiento de dos pasos del Tribunal: en principio, la constatación de la responsabilidad de I.G. Farben y luego la de los acusados.
26. En ese sentido, el título de la «liquidación» por parte del fiscal *DuBois: Generals in grey suits*, 1953.
27. TWC, Vol. VIII, p. 1205-1209.
28. TWC, Vol. VIII, p. 1169 (si bien se comprobó que «large quantities of Cyclon-B... supplied to the SS. by Degesch and that it was used in the mass extermination of inmates of concentration camps, including Auschwitz», sin embargo, los jueces no estaban convencidos de que los acusados «had knowledge of the criminal purposes to which this substance was being put». Por el contrario: «Any such conclusion is refuted by the well-known need for insecticides wherever large numbers of displaced persons, brought

respecto a una intervención en la guerra de agresión pues el tribunal arribó a la conclusión de que, en primer lugar, ninguno de ellos sabía de los verdaderos planes de Hitler, y, en segundo lugar, de que el crimen ya estaría limitado típicamente al nivel directivo político y militar²⁹. Adicionalmente a ello, se exigió la comprobación de una culpabilidad personal, la cual no se podría derivar de la mera pertenencia a la directiva³⁰.

De modo resumido, es posible señalar que la considerable relevancia de la intervención empresarial en crímenes internacionales –sea mediante una comisión directa del hecho o una colaboración con el régimen nacionalsocialista³¹– ya se había puesto de manifiesto en Núremberg. Esa intervención va aparejada al incremento del riesgo generado por estructuras empresariales configuradas de modo cómplice³². Aunque con ello no puede extraerse directamente³³ un efecto de precedente

in from widely scattered regions, are confined in congested quarters lacking adequate sanitary facilities»). Al respecto también *Nerlich*, JICJ 8 (2010), 901 s.; *Michalowski*, Texas Int.L.J. 50 (2015) 403, 462 (resaltando la diferencia con el denom. proceso Zyklon B, supra Cap. III nota 5, donde fueron aceptados el conocimiento de los acusados, por lo cual estos fueron condenados).

29. TWC, Vol. VIII, p. 1096 ss., 1125 ss.

30. TWC, Vol. VIII, p. 1106 ss.

31. Cfr. también *Kaleck/Saage-Maaß*, JICJ 8 (2010), 702.

32. Cfr. en ese sentido también *Karstedt*, en: *Jeßberger/Kaleck/Singelstein*, p. 170 s. («complicidad entre Estado y economía» como elemento típico de esta forma de criminalidad empresarial).

33. También en contra *Meyer*, ZStW 126 (2014), 122s. (enfaticando la responsabilidad individual); más bien

respecto a la punibilidad de las empresas, sin embargo, al menos, organizaciones políticas fueron declaradas criminales y –con base en ello– en los procesos subsiguientes se reconoció³⁴, aunque indirectamente, la responsabilidad –también penal– de las respectivas empresas o en todo caso su «capacidad para infringir el derecho internacional» («capacity to violate international law»)³⁵. En ese sentido, ya de esa praxis en el ámbito del Derecho Penal Internacional puede extraerse una obligación para las empresas –en todo caso, en surgimiento– «de abstenerse de cometer actos que constituyan crímenes internacionales» («to refrain from committing acts that constitute international crimes»)³⁶.

2. PRAXIS ACTUAL

2.1. NIVEL SUPRANACIONAL

En la actualidad no existe ningún tribunal penal que pueda condenar penalmente a una empresa

restrictivo *Asholt*, en: Jeßberger/Kaleck/Singelstein, p. 61, 67 ss. (decisión contra el mencionado enfoque institucional, énfasis en una comprobación individual de culpabilidad).

34. Similar *Engelhart*, en: Burchard/Triffterer/Vogel, p. 180, quien, aunque no quiere aceptar ningún caso precedente, sin embargo, habla de un «first attempt»... «to create a model that directly aimed at a criminal grouping as such and branded the entity itself as criminal»; deja abierta la cuestión *Priemel*, en: Jeßberger/Kaleck/Singelstein, p. 28, 59 s.

35. *ILA* (2014), p. 11 con nota 58.

36. *ILA* (2014), p. 11.

como tal. Esto se corresponde con el Derecho Internacional (vinculante) vigente, donde si bien se reconoce una responsabilidad (colectiva) de los estados³⁷, especialmente respecto a la protección de los derechos humanos de sus ciudadanos³⁸, sin embargo, en cuanto respecta a actores no estatales, entre los cuales también se cuenta a las empresas³⁹, ella es rechazada⁴⁰ de modo general y, en cualquier caso, afirmada en relación con los grupos armados⁴¹.

Esto surge ya del hecho de que los tratados de derecho internacional, incluyendo los de derechos

37. *ILC* (2001), vol. II, Part Two. Aquí tampoco se trata sin embargo de una responsabilidad penal, cfr. *van den Herik*, en: Burchard/Triffterer/Vogel, p. 155 (158 ss.).

38. Respecto a las obligaciones (positivas) en el marco del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos v. por ejemplo *Human Rights Council (HRC)*, General Comment 31; respecto al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en ese sentido cfr. por ejemplo *CESCR*, General Comment 24, párr. 7 ss.

39. Cfr. ya supra en el capítulo I. en la nota 2.

40. Cfr. de modo general por ejemplo *ILA* (2014), p. 12 (solo «“soft” legitimate expectations», «moral responsibility and societal expectation»); en el resultado igualmente (aunque críticamente) *Thurner* (2012), p. 35 ss. (54 s.: «no sometido directamente a normas de derechos humanos», subjetividad en el derecho internacional «no aclarada»).

41. Respecto a la responsabilidad de los grupos armados en el ámbito de los derechos humanos v. la investigación fundamental de *Fortin* (2017), 359 ss. y passim. Sobre la base de un minucioso análisis de la poco clara y en parte contradictoria situación jurídica y práctica, ella resalta la función complementaria de los derechos humanos para la vida cotidiana de las poblaciones en zonas de conflicto («life goes one driver»), donde la protección de los derechos humanos portaría el «most added value» en situaciones de control territorial o allí donde aún no se hubiera alcanzado el umbral de un conflicto armado (Parte I, resumidamente

humanos, solo obligan a los Estados, motivo por el cual el Consejo de Derechos Humanos de la ONU instauró⁴² un grupo de trabajo para la creación de

p. 359 ss. [366, 391]). La personalidad jurídica de grupos armados tendría que determinarse en cada caso «along a spectrum» y recurriendo a complejos criterios jurídicos, en especial el Derecho Internacional Humanitario, a saber, con referencia a la capacidad, el grado de organización y la condición «internacional» del grupo armado y de la situación de conflicto relevante (Parte II, p. 366 ss.). El momento y la forma («when and how») de una obligación de índole jurídico humanitaria surgiría ante todo del control territorial (donde un grupo armado usualmente reemplaza al estado como poder dominante, «principle of effectiveness» en conexión con un «bottom-up approach» para proteger a la población local) y –también, además de ese control– de la capacidad de cometer crímenes contra la humanidad (porque de allí surgiría un estándar organizativo mínimo); en cambio, el Derecho Internacional convencional sería improductivo y el derecho internacional consuetudinario –bajo la observancia de los mencionados criterios– tendría que haber sido explícitamente declarado aplicable respecto a grupos armados (Parte III, p. 374 ss.). Recientemente a favor de una autorización de non-state actors «[to] create international rights and obligations through unilateral law-making processes» *Sergeev*, *German Law Journal (GLJ)* 19 (2018), 65, donde, sin embargo, él entiende por ello –sin entregar una definición explícita– solo a las «major collective entities» (ibid, 66) en el sentido de etnias, esto es, no a las empresas.

42. Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, establecido el 26.6.2014, cfr. <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOntnc.aspx> (último acceso: 25.03.2018). Allí también se encuentran diversos reportes del Working Group, por ejemplo su «Report on the first session», A/HRC/31/50, 5.2.2016, en el párr. 37 ss. se hallan los dictámenes de los representantes del gobierno respecto a la necesidad de la creación de un instrumento de derechos humanos vinculante en el ámbito del Derecho Internacional. Sobre la génesis también *Deva*, en: Letnar

un tratado que sea directamente vinculante desde la perspectiva del Derecho Internacional para las empresas económicas (transnacionales) –una iniciativa absolutamente controvertida⁴³. En todo

Černič/Carrillo-Santarelli, p. 13 ss.; sobre la posición latinoamericana *Cantú Rivera*, en: *ibid*, p. 163, 165 ss.; sobre la posición (crít.) europea *Letnar Černič*, en: *ibid*, p. 229 ss.

43. Cfr. recientemente *Letnar Černič/Carrillo-Santarelli*, en: *los mismos*, p. 1 ss., quienes llaman la atención respecto a las distintas interpretaciones y «disagreements» –desde un cuestionamiento general de la necesidad de ese tratado hasta la existencia de un deber en el ámbito de los derechos humanos respecto a su creación– y presentan los respectivos aportes con los argumentos centrales referidos a un posible contenido de ese tratado y sus alternativas. Ellos mismos abogan en el resultado por ese tratado pues este «would have the benefit of being hard law... generating a “common” binding instrument, and... could complement... the Guiding Principles, and... insist on States reitaining their obligations», con lo cual en general una perspectiva jurídico individual («individuals... at the centre of a human rights analysis of protection from corporate conduct» [resaltado en el original]) resultaría fortalecida (Conclusion, en: *ibid.*, p. 299 ss., 300); ellos exigen una jurisdicción amplia *ratione personae* y *materiae* y la regulación de «10 essential points» (*ibid*, p. 301 ss.); anteriormente ya a favor de un tratado de Derecho Penal Internacional con «penalización» de «comportamientos infractores» y correspondiente jurisdicción *Thurner* (2012), p. 67 ss., 211, 279 s.; sin embargo, crít. por ejemplo *T.L. Van Ho*, en: *Letnar Černič/Carrillo-Santarelli*, p. 111 ss. (enfoque tradicional, centrado en el estado más efectivo para la víctima). Desde una perspectiva jurídica resulta especialmente problemática la cuestión de una vinculación directa de las empresas, en caso de que esto fuera ya deseable (al respecto también *Letnar Černič / Carrillo-Santarelli*, en: *ibid*, p. 304 s.; a favor *Carrillo-Santarelli*, en *ibid.*, p. 33 ss.), así como la identificación de las empresas que serán comprendidas (al respecto *Thurner* (2012), p. 59 ss., 220, quien pretende orientarse por el volumen de negocios).

caso, desde la aprobación de los «Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos» de la ONU («Ruggie principles»)⁴⁴ por parte del Consejo de Derechos Humanos de la ONU⁴⁵, puede reconocerse una clara **tendencia al reconocimiento de obligaciones de derechos humanos** de las empresas en el ámbito del soft law, lo que entre otras cosas se muestra en la incorporación de un «Capítulo sobre Derechos Humanos» –orientado a ello– en la nueva edición de las Directivas de la OECD para empresas multinacionales⁴⁶, en la declaración de la OIT sobre la responsabilidad político-social de las empresas multinacionales,⁴⁷ en la Estrategia de *Corporate Social Responsibility* (CSR) de la Comisión Europea⁴⁸ y en la implementación en el marco de la OEA⁴⁹. Los mismos *Principios Rectores* –que distinguen⁵⁰ entre «principios fundacionales» y «operativos»– han reconocido una responsabilidad independiente de las empresas «de respetar

44. CDH, Principios Rectores, p. 6 ss.

45. CDH, Res. 17/4 de 16.6.2011.

46. OECD (2011), Cap. IV (p. 31 ss.).

47. OIT, Declaración Tripartita de Principios sobre las empresas multinacionales y la política social, 5.ª edición (2017), accesible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_emp/-emp_ent/documents/publication/wcms_124924.pdf, último acceso 1.4.2018.

48. Cfr. http://ec.europa.eu/growth/industry/corporate-social-responsibility_de de último acceso: 25.03.2018.

49. Cfr. *Cantú Rivera*, en: Letnar Černič/Carrillo-Santarelli, p. 170 ss.; v. también CoE, Human Rights and Business, Recommendation CM/Rec (2016)3 of the Committee of Ministers to Member States adopted on 2 March 2016 así como EP resolution of 25 October 2016 on corporate liability for serious human rights abuses in third countries (2015/2315(INI)).

50. CDH, Principios Rectores, principios 11-15 y 16-24.

los derechos humanos»⁵¹, con lo cual se quiere decir que ellas «deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación»⁵². De modo más concreto, esto significa que la obligación de las empresas implica que ellas: «(a) Eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan; (b) Traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos»⁵³. Esta responsabilidad «se aplica a todas las empresas independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura»⁵⁴. Para cumplir con esa responsabilidad, las empresas tendrían que establecer «políticas y procedimientos apropiados en función de su tamaño y circunstancias»⁵⁵.

51. *CDH, Principios Rectores*, principio 11. Como «derechos humanos» serán entendidos ahí los «derechos humanos internacionalmente reconocidos», incluyendo los derechos laborales reconocidos por ILC, *ibid*, principio 12.

52. *CDH, Principios Rectores*, principio 11.

53. *CDH, Principios Rectores*, principio 13.

54. *CDH, Principios Rectores*, principio 14. Sin embargo, podría ser que «la magnitud y la complejidad de los medios dispuestos por las empresas para asumir esa responsabilidad puede variar en función de esos factores y de la gravedad de las consecuencias negativas de las actividades de la empresa sobre los derechos humanos» (*ibid*).

55. *CDH, Principios Rectores*, principio 15.

En el marco de esos principios operativos mencionados *supra* son fundamentados sobre todo deberes de diligencia en materia de derechos humanos («**human rights due diligence**»), según los cuales las empresas deben desarrollar procedimientos, sobre todo para una «evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas»⁵⁶. En ese sentido, en el nivel más alto del Derecho Internacional el Consejo de Seguridad de la ONU ha exigido la observancia de una «*debida diligencia en la cadena de suministro*» («*supply chain due diligence*») con respecto a la República Democrática del Congo⁵⁷. Además de ello, en el año 2011 la OCDE

56. CDH, Principios Rectores, principio 17 así como principios 18-21; crít. sobre la falta de una diferencia entre el Management de «business risks» y el «standard of conduct required to discharge any obligation» *Bonnitcha/McCorquodale*, Concept, EJIL 28 (2017), 899 ss. (proponiendo incluso una aclaración de la relación entre ambos aspectos); réplica de *Ruggie/Sherman*, Reply, EJIL 28 (2017), 921 ss. (923 ss.); dúplica de *Bonnitcha/McCorquodale*, Rejoinder, EJIL 28 (2017), 929 ss. Acerca de la posible concretización por medio del sistema interamericano de derechos humanos *Cantú Rivera*, en: Letnar Černič/Carrillo-Santarelli, p. 180 ss.

57. Consejo de Seguridad de la ONU, Resolución 1952 (2010), párr. 6 ss., donde son asumidas las respectivas recomendaciones de un grupo de expertos y todos los estados son llamados «adoptar medidas apropiadas para dar a conocer mejor las directrices para el ejercicio de la diligencia debida...», e instar a los importadores, las industrias procesadoras y los consumidores de productos minerales congoleños a que ejerzan la diligencia debida aplicando... los siguientes pasos...: fortalecimiento de los sistemas de gestión de las empresas, detección y evaluación de riesgos en

–paralelamente a una previsión explícita en sus directivas generales⁵⁸– aprobó una «Due Diligence Guidance» respecto a minerales provenientes de zonas de conflicto⁵⁹, cuyo objetivo es –en calidad de «primer ejemplo de una iniciativa gubernamental y multilateral colaborativa sobre la gestión responsable de las cadenas de suministro de los minerales procedentes de las áreas de conflicto»–, «ayudar a las empresas a respetar los derechos humanos y a evitar contribuir al conflicto a través de sus prácticas de abastecimiento de minerales»⁶⁰. A nivel regional esto ha sido incorporado en un Reglamento de la UE⁶¹, que establece un «sistema de la Unión para el cumplimiento del deber de diligencia en la cadena de suministro» con el objetivo

la cadena de suministro, formulación y aplicación de estrategias para responder a los riesgos detectados, realización de auditorías independientes, y divulgación pública de las prácticas de diligencia debida en la cadena de suministro y de las conclusiones al respecto» (párr. 8).

58. OCDE (2011), p. 4 («enfoque nuevo y amplio en relación con el principio de la debida diligencia y con la gestión responsable de la cadena de suministro, que implica un avance significativo en comparación con las anteriores propuestas»), también p. 20, 23 s. así como la recomendación consistente en la instauración de «puntos nacionales de contacto», p. 72.
59. OCDE (2016) (con extensión a todos los minerales, *ibid*, p. 4).
60. OCDE (2016), p. 3.
61. Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento y del Consejo Europeo de 17.5.2017 respecto al establecimiento de deberes para el cumplimiento de deberes de cuidado en la cadena de suministro para los importadores de la Unión de estaño, tantalio, tungsteno, obtenidos a partir de minerales u oro de zonas de conflicto o de alto riesgo, *Abl. EU* L 130/1, 19.5.2017; *cfr.* también *CoE*, Recommendation CM/Rec (2016)3, párr. 20, 22, 27, 28, 64; *EP* resolution of 25 October 2016, párr. 6, 19 y *passim*.

de «limitar» «las posibilidades de grupos armados y fuerzas de seguridad de comerciar» con las respectivas materias primas⁶². Los importadores de tales materias primas de la UE están obligados a un «compliance» de estos deberes de diligencia con miras a un «sistema de manejo», «deberes de manejo de riesgo», «verificaciones por parte de terceros» y «publicidad»⁶³, así como los Estados Parte lo están respecto a la instauración de agencias nacionales de control⁶⁴. En ese contexto también merece ser considerado el deber de las empresas de cierta envergadura (en promedio, más de 500 trabajadores durante el año de operaciones), introducido en el año 2014, de realizar reportes sobre los «asuntos ambientales, sociales y de los trabajadores, la observancia de los derechos humanos y la lucha contra la corrupción y sobornos...»⁶⁵. *Last but not least* también existen ahora leyes nacionales que sirven al cumplimiento de deberes de diligencia

62. Reglamento (UE) 2017/821; *Ibid*, Art. 1 párr. 1.

63. *Ibid*, Art. 3-5, 7.

64. *Ibid*, Art. 10.

65. Directiva 2014/95/EU del Parlamento y del Consejo Europeo de 22.10.2014 por el que se modifica la Directiva 2013/34/EU en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y grupos, *Abl EU* L 330/1 de 15.11.2014, Art. 1 párr. 1 (incorporación de Art. 19a). Implementación en Alemania por medio de la «Gesetz zur Stärkung der nichtfinanziellen Berichterstattung der Unternehmen in ihren Lage- und Konzernlageberichten (CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz)», *BGBI* 2017 I 802 (Modificaciones al HGB); respecto a Austria *Soyer*, en: *Kert/Lehner*, p. 120. Sobre la relevancia de tales deberes de reportar *Ségur-Cabanac*, *ÖstAnwbl* 2016, 597.

respecto a los derechos humanos en el tráfico económico⁶⁶.

Sin embargo, la responsabilidad empresarial fijada en los Principios Rectores es entendida de un modo predominantemente moral antes que jurídico, es decir, «se diferencia de las cuestiones de responsabilidad legal y el cumplimiento de las leyes, que siguen dependiendo en gran medida de las disposiciones legislativas nacionales en las jurisdicciones pertinentes»⁶⁷. A pesar de ello, los Principios Rectores y los otros instrumentos de soft law se han constituido en el fundamento sólido del creciente reconocimiento de una responsabilidad también *jurídica* (y respecto a los derechos humanos) de las empresas⁶⁸. En ese sentido, el

66. Cfr. por ejemplo la UK Modern Slavery Act 2015 (obligación de un «slavery and human trafficking statement», secc. 54), la ley francesa respecto a un «devoir de vigilance» (al respecto infra Cap. IV nota 90) así como el proyecto holandés de un «Wet Zorgplicht Kinderarbeid»; respecto a los deberes de compliance en derechos humanos en virtud del Art. 102 schwStGB en relación con el proceso Nestle cfr. Bundesgericht, 6B_7/2014, Arrêt du 21 juillet 2014, cons. 3.4.3. A favor de un «deber general de diligencia debida» Haumer, ÖstAnwbl 2016, 582; para el establecimiento de ese deber en el derecho suizo v. la «Iniciativa de responsabilidad de empresas» en <http://konzern-initiative.ch/die-initiative/initiativtext/>, (último acceso: 25.03.2018); respecto a los esfuerzos de reforma también Bueno/Scheidt, p. 23 ss.

67. CDH, Principios Rectores, principio 12; en este sentido también ILA (2014), p. 12; Clapham, en: Moeckli et al., p. 568; Kubiciel, ÖstAnwbl 2016, 574, 576.

68. Cfr. con más detalle Clapham, en: Moeckli et al., p. 568 ss. («move towards accountability»); anteriormente ya el mismo, JICJ 6 (2008), 899 ss.; del mismo modo Savaresi/Cismas/Hartmann, EJIL Talk, 22 de diciembre de 2017;

Comité de los Derechos del Niño manifestó que las correspondientes obligaciones «...se extienden en la práctica más allá de los servicios e instituciones del Estado y controlados por el Estado y se aplican a los actores privados y a las empresas»⁶⁹. Algo similar ha sido señalado

v. también Köster (2010), p. 24 ss. (no exclusión de entrada de una subjetividad de Derecho Internacional [154]), 268 ss. (no existe una vinculación general ni a los derechos humanos –aunque esto puede fundamentarse en el Derecho Internacional convencional y el Derecho Internacional consuetudinario, como en el caso de la prohibición de esclavitud y trabajos forzados y de la piratería– ni a las normas de comportamiento del Derecho Penal Internacional [infra Cap. III nota 111], de modo que ello constituye un «punto de partida para la continuación del desarrollo» [270]); Thurner (2012), p. 36 ss., 57 ss., 209 s., 218 s. (haciendo referencia, entre otras cosas, a la subjetividad de derecho internacional limitada tanto en el marco de los denom. tratados internacionalizados, con los cuales las empresas se convertirán en partes del tratado en el ámbito de las inversiones, como en el Derecho Internacional ambiental, por ejemplo, en virtud, del Art. 137 párr. 1 CONVEMAR, y el principio de efectividad del Derecho Internacional y, además –consecuentemente–, exigiendo la concesión interestatal o multinacional de al menos una subjetividad de derecho internacional limitada); Carrillo-Santarelli, en: Letnar Černič/Carrillo-Santarelli, p. 34, 44 ss., 54 ss.; Letnar Černič/Carrillo-Santarelli, en: ibid, p. 301; Ryngaert, CLF 29 (2018), 1 (17); desde una perspectiva político-jurídica a favor de una subjetividad del Derecho Internacional (limitada) Soyer en: Kert/Lehner, p. 116 s.; Kaleck/Saage-Maaß (2016), p. 45 ss.; en contra de modo general Kubiciel, ÖstAnwbl 2016, 575 s. (ninguna conclusión desde el ser hacia el deber ser).

69. Comité de los Derechos del Niño (CDN), Observación general n.º 16 sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño, CRC/C/GC/16 (17 de abril de 2013) párr. 8.

por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU en el sentido que «... de conformidad con las normas internacionales, las empresas deben respetar los derechos enunciados en el Pacto, independientemente de si existe legislación interna y si esta se aplica plenamente en la práctica»⁷⁰. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, haciendo referencia a los Principios Rectores, ha señalado que «las empresas deben actuar de conformidad con el respeto y la protección de los derechos humanos, así como prevenir, mitigar y hacerse responsables por las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos»⁷¹ y particularmente respecto a los grupos de la población indígena especialmente necesitados de protección⁷². Completamente de acuerdo con esta tendencia, la Comisión de Derecho Internacional de la ONU recomienda en

70. CESCR, párr. 5 (con referencia a los Principios Rectores en la nota 17). Por eso, de acuerdo con lo señalado por el Comité, este comentario también procura «prestar asistencia al sector empresarial en el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos y la asunción de responsabilidades, mitigando así cualquier riesgo de pérdida de reputación que pueda asociarse a vulneraciones de los derechos recogidos en el Pacto en su esfera de influencia»; además los Estados Parte debían «pedir a las empresas que hagan todo lo posible por asegurar que las entidades.. respeten los derechos consagrados en el Pacto» (Ibid, párr. 33); a favor *D. Desierto*, EJIL Talk 13 de setiembre, 2017.

71. CorteIDH, Caso Pueblos Kaliña y Lokono v. Surinam, Sentencia de 25 de noviembre de 2015, párr. 224.

72. Ibid, párr. 225: «... members of specific groups or populations, including indigenous and tribal peoples...».

su Proyecto de Tratado sobre crímenes contra la humanidad la responsabilidad de personas jurídicas («liability of legal persons»), sin embargo, sometida («[s]ubject») al derecho nacional y no necesariamente como responsabilidad penal⁷³. Una responsabilidad penal también es exigida en recientes instrumentos europeos⁷⁴. Desde el punto de vista de los principios jurídicos, la responsabilidad de las empresas respecto a los derechos humanos –prefigurada⁷⁵ ya por la jurisprudencia del Derecho Penal Internacional referida a la asimilación de conflictos internacionales y no internacionales– puede basarse en un cambio de perspectiva consistente en variar la comprensión de los derechos humanos orientada al Estado por una que esté centrada en los derechos humanos mismos, con lo cual estos podrían ser derivados en última instancia de la dignidad humana –como derechos inalienables, independientes del Estado–⁷⁶.

73. Cfr. Art. 5 párr. 7 del artículo aprobado provisionalmente, en *ILC* (2017), p. 152 ss. (155: «Subject to the provisions of its national law, each State shall take measures, where appropriate, to establish the liability of legal persons for the offences referred to in this draft article. Subject to the legal principles of the State, such liability of legal persons may be criminal, civil or administrative»).
74. CoE, Recommendation CM/Rec (2016)3, párr. 44 («Criminal or equivalent liability...»); EP resolution of 25 October 2016, párr. 25 («effective remedy» también respecto a «criminal courts»).
75. ICTY, Prosecutor v Duško Tadić, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal, 10.10.1995, IT-94-1-AR 72, nm. 71 ss.; al respecto *Ambos* (2013), p. 13 con notas adicionales.
76. Cfr. ya *Ambos*, *Punishment Without a Sovereign?*, *Oxf.J. of Legal Studies* 33 (2013) 293, 298 ss. [en español v. *el mismo*,

En lo concerniente a la situación del Derecho Penal Internacional en sentido estricto, en el caso de los *Tribunales Ad Hoc de la ONU* (TPIY, TPIR, TESL) una propuesta francesa orientada en los Arts. 9 y 10 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg no logró imponerse⁷⁷, y en la jurisprudencia de esos tribunales la responsabilidad de una persona jurídica solo se reflejó en los procesos del TPIR contra la emisora de radio RTL⁷⁸, mientras que el TESL no se pronunció sobre las implicaciones de la industria del diamante («diamantes de sangre»)⁷⁹. Por otra parte, la CPI solo tiene competencia respecto de personas naturales (cfr. Art. 25 ECPI); si bien el Art. 25(3) (d) ECPI reconoce la responsabilidad penal de los colectivos criminales («grupo de personas») al menos de forma implícita, sin embargo, con ello se criminaliza un (otro) aporte a tales grupos –en el sentido de la responsabilidad prevista en Núremberg para la colaboración con organizaciones⁸⁰

Persona y Derecho, 68 (2013), 5, 12 ss.]; igualmente *Clapham*, en: Moeckli et al., p. 559, 565; también muestra esa tendencia *Carrillo-Santarelli*, en: Letnar Černič/Carrillo-Santarelli, p. 44 ss.

77. Cfr. *Adam* (2015), p. 60 s.

78. ICTR, Prosecutor v Nahimana et al., Sentencia de 3.12.2003, ICTR-99-52-T; al respecto también *Adam* (2015) p. 62 s.

79. Cfr. *Adam* (2015) p. 63. Respecto al rol del tráfico de diamantes en el conflicto en Sierra Leona cfr. Report of the Truth & Reconciliation Commission Sierra Leone, Vol. 3B, especialmente los párr. 72 ss., 89 ss. (respecto a las empresas interviniente); también *Davidson* (2016), p. 21 ss.

80. Cfr. por ejemplo el reconocimiento de una responsabilidad por complicidad por la cooperación de las SS. en el Proceso Flick, TWC Vol. VI, p. 1217 («One who knowingly by his influence and money contributes to the support thereof [of

declaradas criminales⁻⁸¹; sobre ello se volverá más adelante (V.1. y 2.2).

En el marco de la Conferencia de Estados de Roma del año 1998, un «Working Paper» referido al establecimiento de la responsabilidad penal de personas jurídicas⁸² y basado en las re-

the SS.] must, under settled legal principles, be deemed to be, if not a principal, certainly an *accessory to such crimes*» [resaltado del autor]). Acerca de la difícil delimitación respecto a la responsabilidad por la pertenencia *Burchard*, JICJ 8 (2010), 936 s. Téngase en cuenta que la mera pertenencia no era punible, supra Cap. III, nota 16.

81. Cfr. más detalladamente *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, 5.^a edición 2018, § 7 nm 43 con notas adicionales; *el mismo* (2013), p. 166 ss.

82. UN Doc. A/CONF. 183/C.1/WGPP/L.5/Rev.2, 251 s., «WORKING PAPER ON ARTICLE 23, PARAGRAPHS 5 AND 6.

5. Without prejudice to any individual criminal responsibility of natural persons under this Statute, the Court may also have jurisdiction over a juridical person for a crime under this Statute.

Charges may be filed by the Prosecutor against a juridical person, and the Court may render a judgement over a juridical person for the crime charged, if:

- (a) The charges filed by the Prosecutor against the natural person and the juridical person allege the matters referred to in subparagraphs (b) and (c); and
- (b) The natural person charged was in a position of control within the juridical person under the national law of the State where the juridical person was registered at the time the crime was committed; and
- (c) The crime was committed by the natural person acting on behalf of and with the explicit consent of that juridical person and in the course of its activities; and
- (d) The natural person has been convicted of the crime charged. For the purpose of this Statute, "juridical person" means a corporation whose concrete, real or dominant objective is seeking private profit or benefit,

comendaciones del Comité Preparatorio (Preparatory Committee) y de Francia⁸³, fue rechazado al final puesto que no existían (ni existen) estándares uniformes para esa responsabilidad, se temía la disolución del principio de la responsabilidad individual y, además, debido a las grandes dificultades probatorias para las investigaciones contra empresas que frecuentemente operan de forma multinacional, las cuales amenazaban con sobrepasar la ya de por sí limitada capacidad de la CPI⁸⁴; por último, también la escasez de tiempo resultó relevante⁸⁵, aunque si hubiera existido la voluntad política para el establecimiento de la responsabilidad penal internacional de las personas jurídicas, el tema –de forma similar a lo que pasó con el crimen de agresión⁸⁶– hubiera

and not a State or other public body in the exercise of State authority, a public international body or an organization registered under the national law of a State as a non-profit organization.6. The proceedings with respect to a juridical person under this article shall be in accordance with this Statute and the relevant Rules of Procedure and Evidence. The Prosecutor may file charges against the natural and juridical persons jointly or separately. The natural person and the juridical person may be jointly tried. If convicted, the juridical person may incur the penalties referred to in article 76. These penalties shall be enforced in accordance with the provisions of article 99» (nota al pie suprimida).

83. Respecto a las propuestas y discusiones cfr. *Clapham*, en: *Kamminga/Zia-Zarifi*, p. 139, 143 ss.; *Stoitchkova* (2010) p. 108 ss.; *Adam* (2015), p. 64 ss.; *Schmidt* (2015), p. 370 ss.; *Kuntz* (2017), p. 25 ss.; *Fortin* (2017), p. 286.
84. *Ambos* (2018) § 7 nm 11 con notas adicionales; cfr. también *Meyer*, *ZStW* 126 (2014), 123 s. (compartiendo esa evaluación en el resultado); *Adam* (2015), p. 80.
85. A lo que *Adam* (2015) p. 73, 80 le concede excesiva importancia.
86. *Ambos* (2018) § 7 nm. 261 ss.

podido ser remitido a un grupo de trabajo⁸⁷. Sea como fuere, el proyecto contenido en el working paper preveía un modelo de atribución basado en la doctrina de la identificación (teoría del *alter ego*)⁸⁸, según la cual la persona jurídica puede ser responsabilizada por un comportamiento de su personal directivo que esté relacionado con el negocio («position of control within the juridical person»), siempre que estas personas hayan actuado en su nombre o con su consentimiento y hubiesen sido condenadas por ello⁸⁹.

Aunque la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito del Derecho Penal Internacional también fue discutida en el año 1998 en Roma (lo cual fue interpretado por sus defensores como un indicio de su creciente aceptación⁹⁰), el tema

87. En ese sentido, también resulta por lo menos impreciso cuando *Adam* (2015) p. 106 sostiene que la Conferencia de Revisión de Kampala no habría dado lugar a nuevas conclusiones. El hecho de que el tema no hubiese sido tratado muestra precisamente –a diferencia de lo que Adam quiere hacer creer al lector– que faltó y falta aún una voluntad política para establecer una correspondiente responsabilidad penal.

88. Al respecto infra Cap. IV nota 81 y texto principal.

89. Supra Cap. III nota 82. Esto corresponde en lo esencial al modelo de atribución del Art. 121-2 Code Penal (CP) («responsables... des infractions commises... para leur organs ou représentants»); al respecto *Walther*, GA 162 (2015), 682, 683, 691), donde ésta, sin embargo, no está restringida de manera explícita a los directivos («organs our représentants») y la jurisprudencia ha abogado por una «responsabilité diffuse» (renuncia a una persona natural identificable) (Ibid, 692).

90. Cfr. *Clapham*, en: Kamminga/Zia-Zarifi, p. 140: «[...] even though the negotiations in Rome failed to include legal persons within the jurisdiction of the Court the debate highlighted the importance of considering ways to tackle

ya no estuvo en agenda durante la Conferencia de Revisión de Kampala del año 2010 (y tampoco fue objeto de los tribunales posteriores)⁹¹. En lo que respecta a la persecución de empresarios criminales, el vigoroso anuncio del anterior fiscal general Luis Moreno Ocampo⁹² no ha sido hasta ahora llevado a la práctica. La fiscalía, bajo la actual dirección de la Fiscal General Fatou Bensouda, manifestó recientemente en un «documento de política» («policy paper») que dedicaría una mayor atención a los casos de destrucción del medio ambiente, explotación ilegal de recursos y expropiación de tierras⁹³. Dado que estas situa-

corporate war crimes and the perceived difficulties of devising rules of attribution». Con una perspectiva positiva también *Thurner* (2012), p. 238 ss. (reconociendo que es «esencial e innovador» y además su «actualidad e importancia»; en contra de mi defensa del rechazo de la propuesta francesa); *Kuntz* (2017) p. 27 («widespread consensus» explícitamente contra mi opinión expresada en *Ambos* (2013) p. 144). A favor de un reconocimiento de *legiferenda ICJ* (2008) Vol. 2, p. 56.

91. Cfr. últimamente el Art. 9 párr. 1 de la Ley del Tribunal Especial de Kosovo de 3.8.2015 (Law No. 05/L-053 on Specialist Chambers and Specialist Prosecutor's Office), con la cual la competencia es restringida a las personas naturales.

92. *ICC/OTP*, Communications received by the Office of the Prosecutor of the ICC, Press Release No.: pids.009.2003-EN, 16.7.2003, Núm. III.b): «[...] the Prosecutor believes that investigation of the financial aspects of the alleged atrocities will be crucial to prevent future crimes and for the prosecution of crimes already committed» (respecto a la situación en la República Democrática del Congo); más detalladamente *OTP Appeals Counsel Gallmetzer*, JICJ 8 (2010), 947 ss.

93. *ICC/OTP* (2016), párr. 41 («... Office will give particular consideration to prosecuting Rome Statute crimes that

ciones aparecen frecuentemente en el contexto de la actuación empresarial, este anuncio puede verse como un esfuerzo para que las actividades empresariales sean analizadas con más precisión a la luz del derecho penal⁹⁴.

Junto a estas declaraciones, hasta ahora únicamente políticas, puede mencionarse –después de Roma– en todo caso dos decisiones del *Tribunal para el Líbano* (Tribunal Especial para el Líbano, TEL), en las que empresas como tales –al lado de una respectiva persona natural responsable– fueron acusadas por infracciones contra la administración de justicia⁹⁵. Aquí se trataba de la publicación de los nombres de testigos ocultos en otros procesos del TEL por medio de personas jurídicas, en concreto, un canal de noticias⁹⁶ y un

are committed by means of, or that result in, inter alia, the destruction of the environment, the illegal exploitation of natural resources or the illegal dispossession of land»). Das Policy Paper on Preliminary Examinations, 1 de noviembre de 2013, párr. 65 contenía solo la oración precedente («The impact of crimes may be assessed in light of, *inter alia*, the sufferings endured by the victims and their increased vulnerability; the terror subsequently instilled, or the social, economic and environmental damage inflicted on the affected communities»).

94. A favor en lo fundamental *Bernaz*, JICJ 15 (2017), 527 ss. («considerable potential from a business and human rights perspective»).

95. Críticamente con detalle *Meisenberg* (2016).

96. *STL*, AppJ, Decision on Interlocutory Appeal Concerning Personal Jurisdiction in Contempt proceedings, Case No. STL-14-05/PT/AP/AR126.1, 2.10.2014, párr. 60 (Concepto «person» en el sentido de la *Regel 60bis* incluiría a la persona jurídica), 67 (responsabilidad penal de la persona jurídica como «general principle of law»).

diario⁹⁷. No obstante, el efecto de precedente para la fundamentación de la punibilidad de empresas desde la perspectiva del Derecho Internacional general podría ser limitado⁹⁸. Pues el Tribunal del Líbano solo es competente para personas naturales (Art. 3 del Estatuto del TEL). La –por eso absolutamente controvertida– extensión de su competencia a personas jurídicas por parte de la jurisprudencia se fundamenta en que en la «facultad inherente» («inherent power») del Tribunal se hallaría ya el impedir efectivamente los delitos contra la administración de justicia para asegurar de esa forma su propia capacidad de actuación. Para ello sería necesaria una ampliación de la jurisdicción respecto a las personas jurídicas⁹⁹. En opinión del tribunal, las distintas formulaciones de las normas relevantes permitían esa interpretación: mientras que el Art. 2 y el Art. 3 del Estatuto del TEL hablan de «personas» (lo que también de acuerdo con la opinión de la Sala significa personas *naturales*), en la Rule 60 *bis* de las reglas procesales («Contempt and Obstruction of Justice») se habla de «aquellos que consciente y deliberadamente obstruyen su administración de justicia» («*those who knowingly and wilfully*

97. STL, AppJ, Akhbar Beirut S.A.L. and Ibrahim Mohamed Al-Amin, Case No. STL-14-06/PT/AP/AR126.1, 23.1.2015.

98. A favor de un efecto de precedente general *Bernaz*, JICJ 13 (2015), 313; también a favor *Clapham*, en: *Moeckli et al.*, p. 570 (con relación a la primera decisión); críticamente *Meisenberg* (2016), *passim*.

99. STL, Akhbar Beirut S.A.L. and Ibrahim Mohamed Al-Amin, Redacted Version of Decision in Proceedings for Contempt with Orders in Lieu of an Indictment, párr. 18 ss.

interfere with its administration of justice»¹⁰⁰ –en opinión de la Sala, «aquellos» («those») también pueden ser personas jurídicas-. Sin embargo, esa fundamentación está restringida al mismo tiempo a los delitos contra la administración de justicia, es decir, en cuanto a otras normas penales materiales la jurisdicción se limita a las personas naturales¹⁰¹.

Si bien la nueva *Corte Africana de Justicia y de los Derechos Humanos y de los Pueblos* (CAJDHP) debería, entre otras cosas, poder ejercer su jurisdicción penal respecto de personas jurídicas a excepción de los Estados (Art. 46C Protocolo de Malabo)¹⁰², sin embargo, en la actualidad su destino es incierto debido a la falta de las ratificaciones necesarias por parte de los Estados Miembros de la Organización Africana de Estados¹⁰³. La responsabilidad penal

100. Resaltado del autor.

101. *STL, Akhbar Beirut S.A.L. and Ibrahim Mohamed Al-Amin, Redacted Version of Decision in Proceedings for Contempt with Orders in Lieu of an Indictment*, párr. 21: «While [...] it is my view that any “person” prosecuted under Articles 2 and 3 of the Statute must be a natural person, the logic demanding this conclusion does not call for such limitation in the case of contempt».

102. https://au.int/sites/default/files/treaties/7804-treaty-0045_-_protocol_on_amendments_to_the_protocol_on_the_statute_of_the_african_court_of_justice_and_human_rights_e.pdf (último acceso: 25.03.2018).

103. Respecto al trasfondo histórico y político cfr. *Abass*, en: *Werle/Vormbaum*, p. 11 ss.; *Clarke*, en: *Kastner*, p. 174 ss.; *Clarke*, p. 174 ss.; respecto al estado de las ratificaciones https://au.int/sites/default/files/treaties/7804-sl-protocol_on_amendments_to_the_protocol_on_the_statute_of_the_african_cou.pdf (último acceso: 25.03.2018).

no se fundamenta en este caso –en el sentido de un modelo de atribución– en el comportamiento del trabajador de la empresa (cuya responsabilidad, en todo caso, permanece incólume, Art. 46C párr. 6), sino en la «política» («*policy*») de la empresa como tal, donde se procede tendencialmente con adscripciones y aligeramientos probatorios: una política en el sentido indicado «podría ser atribuida a una empresa cuando ello ofrece la explicación más razonable» de su comportamiento («*may be attributed to a corporation where it provides the most reasonable explanation*», Art. 46C párr. 3). La intención corporativa («*Corporate intention*») de cometer el delito «podría ser establecida con la prueba de que realizar el acto constitutivo del delito era la política de la empresa» («*may be established by proof that it was the policy of the corporation to do the act which constituted the offence*», Art. 46C párr. 2). El necesario conocimiento corporativo («*corporate knowledge*») que se sigue de ello «podría ser establecido con la prueba de que el conocimiento actual o constructivo de la información relevante era poseído dentro de la empresa» («*may be established by proof that the actual or constructive knowledge of the relevant information was possessed within the corporation*», Art. 46 C párr. 4). La asunción de ese conocimiento no fracasaría porque «la información relevante se halla dividida entre el personal de la empresa» («*the relevant information is divided between corporate personnel*», Art. 46C párr. 5). Es decir, los puntos de referencia de la responsabilidad penal son la *cultura y la política criminal de la empresa*, las cuales son derivadas de un

determinado comportamiento empresarial –como la «explicación más razonable» («most reasonable explanation»)– y, en lo que concierne al ámbito cognitivo, adscritas subjetivamente («constructive knowledge», «connaissance présumée»)¹⁰⁴.

En cuanto a los denominados *treaty-based crimes*¹⁰⁵, existen diversos convenios de Derecho Internacional que obligan a los Estados Parte a la previsión de una sanción penal de personas jurídicas¹⁰⁶. Sin embargo, en estos convenios los criterios de la responsabilidad colectiva no son definidos detalladamente, sino que, junto a su implementación, ello es dejado a los Estados Parte¹⁰⁷; dado el caso también puede bastar entonces con una sanción no penal¹⁰⁸, especialmente en el derecho penal europeo orientado a una triada mínima¹⁰⁹. Sin

104. En general, a favor *Meloni* en: Werle/Vormbaum, p. 152 s.; *Kyriakakis*, en: Jalloh/Clarke/Nmehielle, forthcoming 2018; *Clapham*, en: Moeckli et al., p. 569 s.; *Clarke*, en: Kastner, p. 186 ss.

105. Sobre ese concepto *Ambos* (2014), p. 222 ss.

106. *Engelhart*, en: Burchard/Triffterer/Vogel, p. 178; *Meyer*, ZStrR 131 (2013), 59; respecto al convenio de derecho europeo y el derecho secundario *Adam* (2015) p. 85 ss.

107. Crít. en ese sentido también *Meyer*, ZStrR 131 (2013), 59 s.

108. Cfr. también *Engelhart*, en: Burchard/Triffterer/Vogel, p. 178.

109. Cfr. *EuGH*, *Kommission v. Griechenland*, Sentencia de 21.9.1989 («escándalo del maíz griego»), párr. 24 (La sanción tendría que ser «eficaz, proporcional e intimidatoria»); al respecto con notas adicionales *Ambos* (2018) § 11 nm 39; respecto al ámbito español v. *Silva Sánchez* (2016), p. 328 s., para quien la consideración de esa triada «como mínimo, deja abierta la opción entre sanciones administrativas, medidas de seguridad u otras consecuencias jurídico-penales y penas en sentido estricto»

embargo, en cualquier caso esa praxis de los tratados internacionales se basa en la suposición de que las *normas de comportamiento* (primarias) que subyacen a las normas de sanción (secundarias) del Derecho Penal Internacional –a pesar de la ausencia de jurisdicción¹¹⁰– también resultan *vinculantes* para los colectivos¹¹¹. Con ello se confirma o cuando menos se continúa con la praxis del Derecho Penal Internacional de la posguerra –deber de omitir la comisión

(p. 329), debido a lo cual, se muestra crítico respecto al Preámbulo de la LO 5/2010. En tal sentido, resulta impreciso el *Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes* (Forschungsgruppe «Verbandsstrafrecht, Henssler et al.»), 2017, p. 16, en el extremo en el que se habla de la exigencia de una «responsabilidad penal» (resaltado del autor); descargable en <http://www.verbandsstrafrecht.jura.uni-koeln.de/17134.html>.

110. Respecto a la fundamentación de la jurisdicción penal nacional a causa de la territorialidad, personalidad o el principio de justicia universal recientemente *Ryngaert*, CLF 29 (2018), 5 ss., 12 ss.
111. Cfr. *Nerlich*, JICJ 8 (2010), 896 ss., 908; igualmente *Köster* (2010), p. 141 ss. (187, 199), 268 s. (vinculación a normas de comportamiento del Derecho Penal Internacional o combinación de una norma de comportamiento y de sanción da lugar a una «vinculación de personas jurídicas privadas»); *Meyer*, ZStrR 131 (2013), 76 («Vinculación de personas jurídicas.. a los deberes de comportamiento del Derecho Internacional»); *Carrillo-Santarelli*, en: *Letnar Čerňič/Carrillo-Santarelli* p. 54 ss.; ampliamente a favor del reconocimiento de un principio jurídico general en el sentido del Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia como consecuencia de obligaciones basadas en tratados y un extenso reconocimiento en el derecho nacional *Adam* (2015) p. 107 ss. (154 s.); en contra *Meyer*, ZStrR 131 (2013), 74-6 para quien falta ya «un denominador normativo común, suficientemente consolidado» (75).

de crímenes internacionales¹¹². Por lo tanto, con base en la combinación de un deber impuesto por una norma de comportamiento proveniente del Derecho Penal Internacional y una vinculatoriedad en surgimiento respecto a los derechos humanos¹¹³ se puede fundamentar completamente una *vinculación jurídica* –y no solo moral– de las empresas.

2.2. NIVEL NACIONAL

Aunque hasta ahora la praxis supranacional solo se ha desarrollado escasamente, en el *nivel* nacional es posible hallar algunos ejemplos de persecución penal¹¹⁴ –por ejemplo, los procesos contra Frans van

112. Supra III. 1. *in fine*.

113. Supra III. 2. a).

114. Respecto a los enfoques no penales (por lo regular de índole jurídico civil) en el ámbito del Derecho Internacional y nacional cfr. *Adam* (2015) p. 157 ss.; *Kaleck/Saage-Maaß* (2016), p. 65 ss.; *ibid*, p. 60 ss. (ACTA-Praxis «discreta» [64], experiencia británica «más positiva» [71]). Sin embargo, con la decisión en el caso *Kiobel* de la Corte Suprema de los EE.UU el recurso al Alien Tort Statute, hasta entonces lo más efectivo (punitive damages en caso de violaciones de derechos humanos; al respecto *Adam* (2015) p. 178 ss.; sobre la intervención en crímenes nucleares internacionales *Clapham*, JICJ 6 (2008), 906 s.) podría quedar excluido en el futuro, pues luego de ello ya no sería aplicable extraterritorialmente (*US Supreme Court*, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* 621 F.3d 111, p. 1: «The presumption against extraterritoriality applies to claims under the ATS, and nothing in the statute rebuts that presumption»; al respecto también *Adam* (2015) p. 183 s.). Acerca de las razones de la irrelevancia de la experiencia alemana *Kaleck/Saage-Maaß* (2016), p. 72 s. (entre otras, debido a las menores sumas indemnizatorias en comparación con las del ámbito angloamericano) Respecto a la, por así decirlo, criminalización mediante la

Anraat y contra Guus Kouwenhoven en los Países Bajos-. Al primero se le imputaba haber vendido a Saddam Hussein insumos para la fabricación de gas mostaza, el cual fue utilizado por éste contra los kurdos iraquíes e iraníes. Debido a ello, Van Anraat fue condenado por complicidad en relación con los correspondientes crímenes de guerra¹¹⁵.

Kouwenhoven fue procesado por sus vínculos comerciales con el entonces presidente de Liberia, Charles Taylor. La cuestión consistía en la compra de madera tropical para el financiamiento del conflicto en Liberia y Sierra Leona, el uso de violencia contra la población civil por parte del personal de seguridad de la empresa de Kouwenhoven (Oriental Timber Company, OTC) y la venta de armas infringiendo un embargo de la ONU. Kouwenhoven fue condenado a 19 años de pena privativa de libertad por haber incurrido en diversos actos de complicidad respecto de crímenes de guerra y por la entrega de armas a Charles Taylor¹¹⁶. En estos y otros casos¹¹⁷, las agencias de persecución penal –de modo

denom. Terrorlistung Engelhart, en: Burchard/Triffterer/Vogel, p. 178.

115. *Gerechtshof Den Haag* (van Anraat), Decisión del 9.5.2007, párr. 20; al respecto *Huisman / van Sliedregt*, JICJ 8 (2010), 807 ss.; también *Kaleck/Saage-Maaf* (2016), p. 65 s.

116. *Gerechtshof's-Hertogenbosch*, Sentencia del 21.4.2017 (tras el reenvío del asunto por parte del Hooge Rad), traducción al inglés disponible en <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHSHE:2017:2650> (último acceso: 25.03.2018) respecto a este caso cfr. *Huisman / van Sliedregt*, JICJ 8 (2010), 810 ss.; también *Kaleck/Saage-Maaf* (2016), p. 66.

117. En Bélgica también se conoce el caso *Desaedeleer*. Al mencionado empresario, quien comerciaba con Charles

similar a los casos precedentes de Núremberg- se sirvieron de personas naturales para acceder a las personas jurídicas y reconocieron con ello, en todo caso de forma mediata, la responsabilidad de éstas¹¹⁸.

Taylor con los denominados «diamantes de sangre», se le imputaba el crimen de guerra de pillaje. Sin embargo, murió mientras se hallaba cumpliendo la detención preventiva ordenada en Bélgica antes de la acusación, cfr. <https://www.ijmonitor.org/2016/10/death-of-a-middleman-thwarts-blood-diamonds-case/> (último acceso: 25.03.2018). Además, en Suiza se llevaron a cabo desde noviembre de 2013 investigaciones contra la firma suiza Argor Heraeus SA por el cargo de una intervención en saqueos en la provincia de Ituri (República Democrática del Congo) y por lavado de dinero. Sin embargo, las investigaciones fueron archivadas en marzo de 2015, al respecto de *Moerloose*, 2016. Respecto a otros procesos penales (en Europa) *Kaleck/Saage-Maafß* (2016), p. 65 ss., 92 ss.

118. Similar *Clapham*, JICJ 6 (2008), 913 («reached down into the world of the arms trade and its injunctions are being aimed at businessmen and companies»).

TERCERA LECTURA

Mèndez Lorenzo, R. C. y Suarèz Martinez, A. (2019). *Odio, sociodiversidad y delincuneica. La perspectiva de la intervenciòn*. En Viedma Rojas, A. y Del Val Cid, C. (Dir.). *Odio vs. Derechos humanos: Sociodiversidad, delitos y derechos*. Madrid, España. Editorial Tecnos, pp. 127-151.

En este trabajo se realiza un recorrido teórico que sirva de reflexión sobre la mente criminal y los factores que provocan la comisión de delitos contra la Sociodiversidad. En este contexto, puede resultar tentador recrearse en la necesidad de explorar las raíces de quienes consuman estos delitos: sus infancias, sus relaciones tempranas, sus vínculos afectivos, sus miedos, sus anhelos.

ANTONIO VIEDMA ROJAS
CONSUELO DEL VAL CID
(Dirección y coordinación)

ODIO VS. DERECHOS HUMANOS: SOCIODIVERSIDAD, DELITOS Y DERECHOS

AUTORES

ANTONIO VIEDMA ROJAS
CONSUELO DEL VAL CID ✓
MARÍA GÓMEZ ESCARDA ✓
RAQUEL C. MÉNDEZ LORENZO ✓
ANA SUÁREZ MARTÍNEZ ✓
MARCOS BARAS GONZÁLEZ ✓
JOSÉ ANTONIO NIETO PIÑEROBA ✓



Diseño de cubierta:
J. M. Domínguez y J. Sánchez Cuenca

Reservados todos los derechos. El contenido de esta obra está protegido por la Ley, que establece penas de prisión y/o multas, además de las correspondientes indemnizaciones por daños y perjuicios, para quienes reprodujeren, plagiaren, distribuyeren o comunicaren públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la preceptiva autorización.

© ANTONIO VIEDMA ROJAS, CONSUELO DEL VAL CID, MARÍA GÓMEZ ESCARDA
RAQUEL C. MÉNDEZ LORENZO, ANA SUÁREZ MARTÍNEZ, MARCOS BARAS GONZÁLEZ
y JOSÉ ANTONIO NIETO PIÑEROBA, 2019

© EDITORIAL TECNOS (GRUPO ANAYA, S.A.), 2019

Juan Ignacio Luca de Tena, 15 - 28027 Madrid

ISBN: 978-84-309-7704-8

Depósito Legal: M-23864-2019

Printed in Spain

CAPÍTULO 5

ODIO, SOCIODIVERSIDAD Y DELINCUENCIA. LA PERSPECTIVA DE LA INTERVENCIÓN

RAQUEL C. MÉNDEZ LORENZO

(*Psicóloga Secretaria General de Instituciones Penitenciarias*)

ANA SUÁREZ MARTÍNEZ

(*Psicóloga Secretaria General de Instituciones Penitenciarias*)

5.1. PRESENTACIÓN

Si en nuestra carrera profesional tuviéramos como reto proponer una intervención efectiva que pudiera reducir la incidencia de los delitos de odio, podrían acudir a nuestra mente algunas cuestiones para reflexionar: *¿qué es el odio y por qué odiamos?, ¿cómo afecta el odio en el comportamiento de los seres humanos?, ¿es una emoción frecuente en las personas?, ¿odiar es delito?, ¿tienen algo que ver las actitudes, creencias o prejuicios en la comisión de delitos de odio o contra la sociodiversidad?, ¿es posible gestionar el odio?, ¿por qué cometemos delitos de odio?, ¿cómo son las personas que comenten delitos de odio?... A pesar de la sencillez y aparente obviedad de este tipo de preguntas, sus respuestas gozan de una innegable complejidad, atendiendo a la controversia y confusión existente en torno a este sentimiento humano tan corrosivo y a los delitos que llevan su apellido. Como muestra de esta polémica social podemos observar cómo diferentes medios de comunicación, redes sociales u organismos institucionales tildan de delitos de odio determinados comportamientos o victimizan a determinados colectivos que en ningún caso constituyen grupos vulnerables.*

En el presente capítulo realizaremos un recorrido teórico que sirva de reflexión sobre la mente criminal y los factores que provocan la comisión de delitos contra la sociodiversidad. En este contexto, puede resultar «tentador» recrearse en la necesidad de explorar «*las raíces*» de quienes consuman estos delitos: sus infancias, sus relaciones tempranas, sus vínculos afectivos, sus miedos, sus anhelos... tratando de encontrar el «momento», la circunstancia, el daño... que de algún modo propició la aparición de conductas delictivas o antisociales. No obstante, esta visión del delincuen-

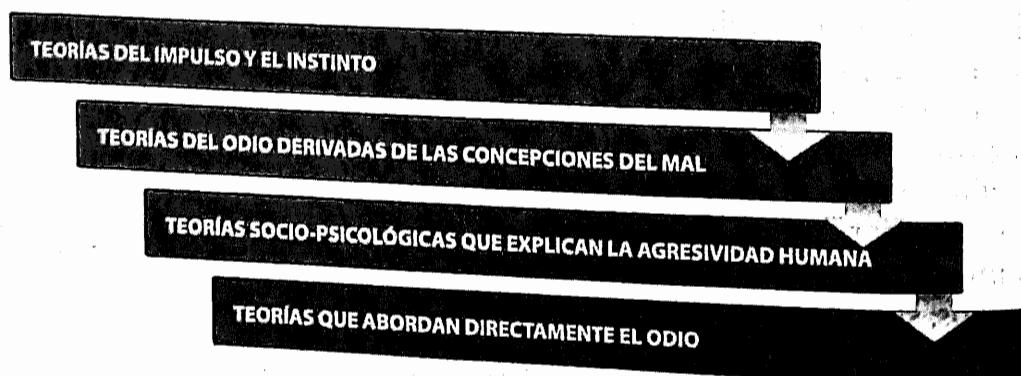
te de odio es claramente limitada, ya que la génesis del delito no se construye de manera individual sino que es fruto de una «patología» psicosocial, donde están presentes múltiples factores interrelacionados. Por ello, no debemos alejarnos de la realidad estableciendo perfiles criminológicos aislados o categorías delincuenciales ajenas a su escenario social más próximo. Las personas que cometen éstos delitos probablemente comparten algunas actitudes prejuiciosas presentes en el entorno donde han desarrollado su identidad personal y social. En definitiva, ante este tipo de delitos hacemos nuestras las palabras de Lacassagne (1843-1924): «*el entorno social es el caldo de cultivo de la criminalidad [...] y la sociedad tiene los delincuentes que se merece*».

5.2. ¿QUÉ ES EL ODIOS? BUSCANDO EN LOS ORÍGENES

Según el diccionario María Moliner, el odio es un «*sentimiento violento de repulsión hacia alguien, acompañado de deseo de causarle o de que le ocurra algún daño*». Sin duda, esta definición del odio es absolutamente clarificadora, ya que éste sentimiento está íntimamente relacionado con nuestro mundo emocional, cognitivo y comportamental, integrando una clara motivación dirigida a causar un perjuicio. Este afecto negativo contra determinadas personas o grupos es tan antiguo como la propia humanidad y ha sido analizado desde diferentes perspectivas teóricas con mayor o menor acierto y profundidad. Sternberg y Sternberg (2010) nos ofrecen un análisis histórico de diferentes perspectivas epistémicas que han abordado el sentimiento de odio (ver figura 1):

FIGURA 1

Perspectivas teóricas de análisis del odio



FUENTE: Elaboración propia.

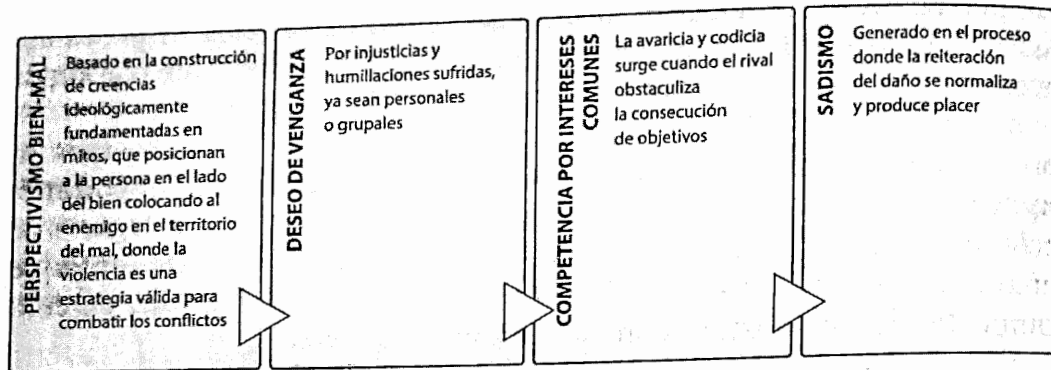
a) Teorías del impulso y el instinto: aunque en la actualidad carecen de respaldo empírico, constituyeron los primeros abordajes explicativos del odio, englobando las teorías psicoanalíticas desarrolladas por Freud y la perspectiva etológica impulsada por Konrad Lorenz. Se postulaba que el origen del odio se enmarcaba en los impulsos o instintos de supervivencia.

b) Teorías del odio derivadas de concepciones del mal: Diversos autores se han centrado en la búsqueda de los orígenes del mal, intentando explicar cómo personas supuestamente «normales» pueden llegar a cometer graves agresiones o crímenes contra la humanidad. Estos enfoques señalan al sentimiento de odio como el principal disparador de estos comportamientos hostiles contra personas o grupos.

En este contexto, Staub (1989, 2005) describe el odio como un sentimiento negativo que combina componentes emocionales (rechazo, ira, miedo y hostilidad) y cognitivos (devaluación y percepción de amenaza) que nacen en las fronteras que demarcan el grupo de pertenencia (endogrupo) con otros grupos de personas (exogrupo); construyendo estereotipos negativos, adoctrinamiento ideológico, interpretaciones narrativas de la historia, etc. Según este autor, cuando las necesidades básicas (seguridad, identidad positiva, percepción de autoeficacia, control de sucesos vitales, autonomía y relaciones sociales) no están satisfechas, de forma constructiva, se desencadenan reacciones emocionales de odio (miedo y hostilidad) dirigidas hacia chivos expiatorios (exogrupo) con el objeto de alcanzar estas necesidades básicas que son reclamadas mediante argumentos morales de justicia. Por tanto, la raíz del odio no crecería en el vacío, sino que se alimentaría de un determinado contexto social y de juicios morales que ofrecen una aparente justificación.

Otros autores (Baumeister, 1996; Baumeister y Butz, 2005), postulan que el odio puede surgir entre las personas que interpretan la existencia de amenazas a su autoestima, dirigiendo ese sentimiento lesivo contra la fuente percibida de esas intimidaciones. Esta interpretación amenazante puede surgir de conflictos materiales o conflictos basados en la defensa de los modelos «ideales» de normalidad. Asimismo, el odio podría intensificarse si esa deseada «normatividad idealizada» ofrece una justificación para odiar o si la pérdida de un conflicto material conduce al resentimiento y necesidad de venganza contra quienes son percibidos como vencedores. Concretamente, estos autores encuentran el origen del mal y la violencia en cuatro raíces:

FIGURA 2
Raíces de la violencia



FUENTE: Adaptado de Méndez, Suárez y cols. (2019).

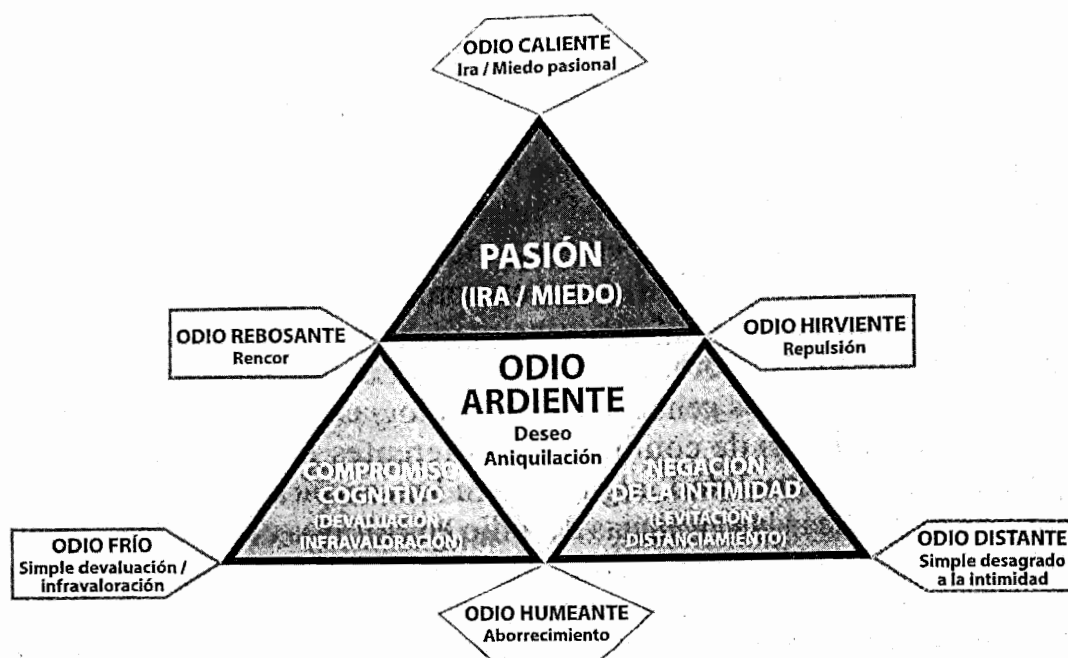
c) Teorías sociopsicológicas que explican la agresividad humana: Enmarcadas en este enfoque destacan la Teoría del aprendizaje Social (Bandura, Ross y Ross, 1963), la Teoría del Imperativo Moral (Zajonc, 2000) o la Teoría Situacionista (Zimbardo, 2004). Concretamente, desde el Aprendizaje Social se describe cómo los procesos de aprendizaje motivan la emisión de una conducta agresiva, pudiendo desencadenar diferentes tipos de agresión (afectiva o instrumental). Asimismo, se abordan los mecanismos cognitivos que operan para reconstruir la narrativa del suceso agresivo, con el objetivo de mantener la neutralidad moral y reducir la percepción de responsabilidad personal sobre las consecuencias dañinas. Por su parte, la Teoría del Imperativo Moral explica los mecanismos grupales por los cuales los líderes apelan a una exigencia de integridad ética para potenciar la conformidad colectiva de los seguidores, generando una aparente uniformidad comportamental con alto grado de efectividad en la emisión de conductas marcadas por el odio. Finalmente, las Teorías Situacionistas aspiran comprender cómo cualquier persona en situaciones extraordinarias puede llegar a realizar comportamientos deleznable. Concretamente, algunas de las variables situacionales que podrían modular estos comportamientos son: el difuminado de la responsabilidad, la obediencia a la autoridad, el anonimato y la deshumanización.

d) Teorías que abordan directamente la comprensión del odio. Desde un enfoque psicológico se ha profundizado en el análisis de los distintos desencadenantes que explican esta emoción. Por su parte, Allport (1954) señala la relevancia del prejuicio en el origen del odio. Erich Fromm (1965) centra su análisis en distinguir diferentes tipologías fun-

cionales de esta emoción (reactivo o racional y caracterológico o irracional), señalando la posible existencia de rasgos innatos hacia la hostilidad y al odio. Aaron Beck (2003) describe una serie de procesos cognitivos (distorsiones cognitivas y creencias irracionales) que subyacen en el origen del odio y la violencia.

Se destaca una teoría integradora denominada la Doble Teoría del Odio desarrollada por Robert Sternberg y Karim Sternberg (2010) que sostiene que el odio está compuesto por tres componentes: negación de la intimidad (evitación o distanciamiento de las personas odiadas, reclusión o rechazo); pasión (emociones de miedo o ira intensas en respuesta a una amenaza percibida); y, compromiso (procesos cognitivos de desprecio, devaluación e infravaloración de las personas odiadas, generados frecuentemente por miedo al cambio). La combinación de los tres componentes descritos generaría siete tipologías de odio, presentándose en las situaciones de conflicto con diferentes manifestaciones (ver figura 3). En la actualidad, algunos estudios empíricos respaldan esta teoría para explicar las vivencias del odio en culturas occidentales (Weis, 2006; Aumer, Bahn y Harris, 2015; Merrick, 2017). Esta teoría propone que el odio se construye de una forma narrativa, mediante la asimilación personal y grupal de diferentes tipos de historias. Se describe el proceso de instigación, a través de diferentes etapas que, aunque no se produzcan de forma consecutiva y completa, pueden dar lugar a la aparición del odio contra personas o grupos. Del mismo modo, plantea diferentes estrategias de prevención e intervención (educativas, terapéuticas, políticas, etc.) atendiendo a la intensidad de los diversos componentes del odio.

FIGURA 3
Tipos de odio



FUENTE: Adaptado de Méndez, Suárez y cols. (2019).

5.3. DEL ODIO COMO SENTIMIENTO A LA COMISIÓN DE UN DELITO CONTRA LA SOCIODIVERSIDAD

Si afirmásemos que odiar puede constituir un delito sería tan erróneo como indicar que el mero pensamiento delinque. Merece que recordemos la piedra angular del derecho penal y la libertad de conciencia: «*cogitationis poenam nemo patitur*» (el pensamiento no delinque). Del mismo modo que el Estado no puede castigar a nadie por aquello que piensa, mucho menos por lo que «siente», sino por lo que hace (o dice). Los delitos de odio o contra la sociodiversidad van mucho más allá de un pensamiento o sentimiento, ya que agreden y arriesgan la seguridad individual y colectiva. Esta tipología delictiva vulnera directamente los principios de igualdad, libertad, dignidad, democracia, respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales que rigen como principios de la Constitución Española (1978), contraviniendo diferentes tratados internacionales sobre Derechos Humanos (Méndez, Suárez y cols., 2019).

Los delitos de odio se definen como «*cualquier tipo de delito o acto antisocial dirigido a intimidar y dañar a la víctima, que ha sido motivado*

(total o parcialmente) por un prejuicio, basado en una generalización sobre su pertenencia a un grupo —real o percibida—, y que generalmente se produce el temor de que la víctima interferirá en el bienestar grupal del delincuente, las normas culturales y/o su seguridad socioeconómica» (Walters, 2011). Parece, por tanto, que la única motivación aparente del delito de odio es la agresión o discriminación contra miembros del grupo seleccionados; en comparación con otras motivaciones delictivas donde los intereses instrumentales y materiales son más destacados. Así, estos delitos se relacionan con la intolerancia, atendiendo a los prejuicios subyacentes o la animadversión contra personas o colectivos que se consideran diferentes, a quienes niegan la dignidad, el respeto y derechos fundamentales. Estos delitos se caracterizan por dos elementos: la presencia de una infracción penal y una motivación prejuiciosa en la comisión (Movimiento Contra la Intolerancia, 2014).

El Movimiento Contra la Intolerancia (2017), señala como delitos de odio los siguientes:

<p>Racismo/xenofobia: Cualquier incidente que es percibido como racista o xenófobo por la víctima, o cualquier otra persona, incluido el Agente de Policía o cualquier otro testigo; aunque la víctima no esté de acuerdo, así como los actos de odio, violencia, discriminación, fobia y rechazo contra los extranjeros o personas de distintos grupos, debido a su origen racial, étnico, nacional o cultural.</p>
<p>Orientación o identidad sexual: Hechos motivados en diferencias sexuales (gay, lesbiana, heterosexual, bisexual, transexual).</p>
<p>Creencias o prácticas religiosas: Hechos motivados por sentimientos contrarios a determinadas religiones.</p>
<p>Antisemitismo: Cualquier acto de odio, violencia, discriminación, fobia y rechazo, practicados contra los judíos o nacionales del Estado de Israel.</p>
<p>Delitos de odio contra personas con discapacidad: Cualquier incidente cometido contra personas con discapacidad donde el responsable de los hechos cometa la acción contra la víctima, el local o el objetivo de la infracción, por motivos discriminatorios o relacionados con delitos de odio.</p>
<p>Aporofobia: Odio o rechazo al pobre. Recoge aquellas expresiones y conductas de intolerancia referidas al «odio, repugnancia u hostilidad ante el pobre, el sin recursos y el desamparado».</p>
<p>Ideología: Incluye un conjunto de hechos cometidos contra personas o colectivos por las ideas fundamentales compartidas por un sector de la sociedad, que éstos tengan sobre aspectos relacionados con la política, ciencia, economía, cultura y la moral.</p>

(Continuación)

<i>Discriminación por razón de sexo/género:</i> Cualquier incidente que tenga su base en la realización de trato discriminatorio, vejatorio o cualquier hecho con relevancia penal, motivado por la pertenencia de las víctimas a un sexo/género determinado (hombre/mujer).
--

<i>Otros:</i> Cualquier hecho que vulnere el ordenamiento penal o administrativo.

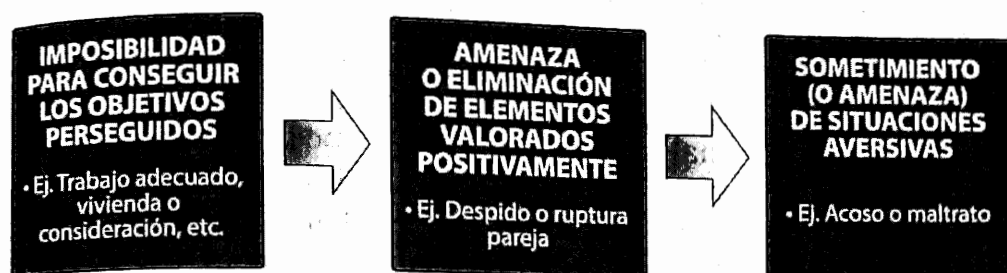
En resumen, podemos afirmar que tanto el sentimiento de odio como las creencias prejuiciosas están presentes en la comisión de delitos contra la sociodiversidad, desempeñando el papel de potenciadores o «factores de riesgo» en la emisión de las citadas conductas delictivas.

5.3.1. TEORÍAS EXPLICATIVAS DE LOS DELITOS DE ODIOS

Existen multitud de explicaciones que intentan dar respuesta a la causalidad de los delitos de odio y discriminación. No obstante, son necesarias teorías integradoras que señalen la relevancia de las condiciones psicológicas, socioculturales y económicas, cuya combinación deriva en escenarios de prejuicios que promueven los atentados contra la sociodiversidad. Algunas perspectivas explicativas que intentan aprehender la causalidad de los delitos de odio son las siguientes:

a) *Teorías de la Tensión:* en términos generales, Merton (1968) interpreta la conducta delictiva como resultado de un «desequilibrio» surgido de la brecha entre las metas culturalmente prescritas y los medios u oportunidades para alcanzarlas legítimamente. Si observamos las desigualdades económicas, educativas y las capacidades individuales, muchas personas tienen graves dificultades para lograr los objetivos ideales establecidos en las sociedades actuales. Este hecho genera una tensión sobre quienes desean cubrir sus necesidades y alcanzar su bienestar individual. Al responder a las citadas presiones sociales, algunas personas recurrirán a vías ilegítimas, incluida la violencia, para obtener los recursos y el respeto necesarios para adquirir el estatus social que la sociedad estimula (Walters, 2011). Se plantean *tres tipos específicos de tensión* que pueden modular la inclinación de una persona hacia el delito (Agnew, 1992) (ver figura 4):

FIGURA 4
Tipos específicos de tensión



FUENTE: Elaboración propia.

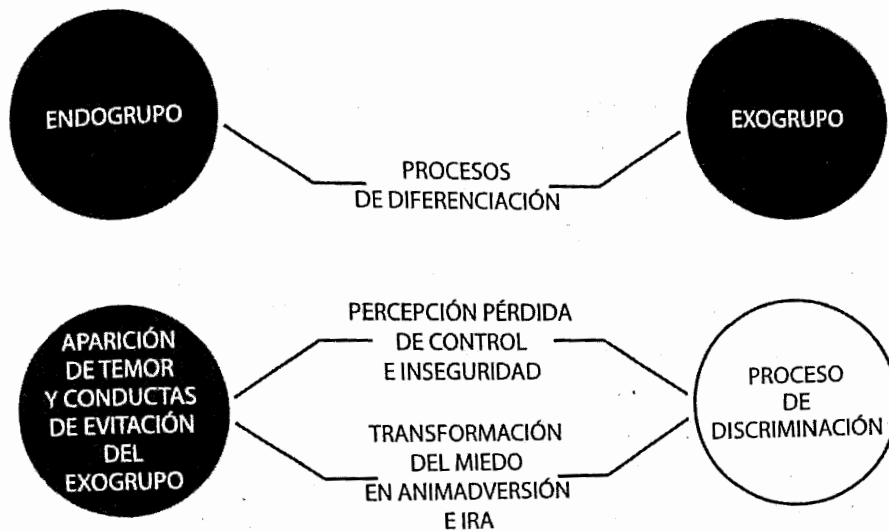
Como resultado de estas tensiones se pueden generar emociones negativas contra quienes considera fuentes de su malestar, deteriorándose las relaciones interpersonales y pudiendo interferir en la capacidad para obtener metas socialmente valoradas. Si una persona que intenta alcanzar sus proyectos ideales, interpreta que existen obstáculos o limitaciones originados por los miembros de un grupo, puede reaccionar sintiendo ira y frustración, pudiendo ser persuadido a elegir medios ilegítimos para alcanzar sus objetivos (Walters, 2011). Atendiendo a esta hipótesis, la violencia cometida contra grupos minoritarios étnicos u otros colectivos específicos estaría relacionada con la inestabilidad socioeconómica percibida del delincuente, quien culpabiliza a éstos de su situación. Como resultado, los grupos señalados se convertirían en los chivos expiatorios de las complicaciones que sufren los miembros nativos o dominantes de la sociedad. Este acto de culpabilizar a determinados colectivos emerge de las frustraciones personales y que puede verse amplificado, mediante los mensajes en medios de comunicación que los etiquetan como la causa original de los problemas de la sociedad (Walters, 2011). Algunas agresiones que guardan su origen en el odio (especialmente racista) se han caracterizado por la culminación de la vergüenza, emoción no siempre reconocida y arraigada en el propio deterioro social y económico percibido por el delincuente, quien inevitablemente proyecta sobre quienes son señalados como «extraños» y culpables de su fracaso en el alcance de objetivos vitales socialmente construidos (Ray y Smith, 2002).

Este enfoque presenta limitaciones para explicar los delitos de odio cometidos por personas con alto poder económico, social y político, quienes no sufren esta tensión por la cobertura de sus necesidades o metas vitales. Del mismo modo, esta perspectiva teórica puede resultar limitada para comprender por qué un amplio volumen de la población con cir-

cunstancias económicas deprimidas no comete delitos contra colectivos específicos motivados por sus frustraciones.

b) Teoría de la Diferencia: desde esta perspectiva se sostiene que el delito de odio es una forma extrema de discriminación, que debuta en una cultura de segregación, discriminación y marginación de quienes presentan cualidades diferentes (Perry, 2001). Siguiendo este enfoque, resulta imprescindible analizar las dinámicas de poder que delimitan la sociedad moderna, jerarquías constituidas por el dominio sobre los diferentes. Las discrepancias señaladas para construir rangos sociales se encuentran en intersección con categorías de género, raza, sexualidad y clase, entre otros. Las personas se unen formando grupos, conformados en concordancia con su identidad cultural y étnica, compartiendo intereses en torno a la religión, la orientación sexual u otras afinidades. Las personas construyen la imagen de su propio grupo (endogrupo), en un proceso de diferenciación con otros grupos (exogrupo), a quienes se perciben con características completamente distintas y contrapuestas a la colectividad de pertenencia. Las categorías grupales a menudo asumen clasificaciones binarias, identificando clasificaciones rígidas del tipo: blanca/negra, homosexual/heterosexual, etc. Según este enfoque teórico, aquellas personas que quedan fuera de la construcción de la propia identidad social son percibidas como diferentes, generando temor y conductas de evitación. Los sentimientos de miedo se basan en la suposición de que las «personas diferentes» atacan los valores asociados a la propia identidad y las normas culturales del grupo de pertenencia; generando una sensación de impotencia e inseguridad sobre su estatus en la sociedad. En respuesta a estas emociones negativas, frecuentemente los individuos intentan incrementar su percepción de control, transformando temporalmente sus sentimientos originales de impotencia y miedo en animadversión e ira sobre aquellos que perciben como causa de su inseguridad (Perry, 2009).

FIGURA 5
Proceso de discriminación



FUENTE: Elaboración propia.

Las personas son consideradas diferentes porque transgreden el ideal de identidad del grupo propio. La sociodiversidad puede ser percibida como una amenaza a la normalidad dominante y quienes son considerados «diferentes» son obligados a ocupar una posición subordinada dentro de la sociedad, por la cual sus miembros reciben distribuciones desiguales de riqueza y acceso a recursos. Las distintas formas de discriminación soportadas por grupos «diversos» pueden ir un paso más allá para incluir actos de prejuicio más severos, como la violencia motivada por el odio (Perry, 2001).

Las limitaciones explicativas de este enfoque teórico se encuentran en la constatación del amplio reconocimiento social que gozan algunos miembros adinerados pertenecientes a grupos sociales con características identitarias divergentes a la normalidad dominante. El agravio comparativo es claramente constatable, las reacciones sociales y políticas ante la llegada a nuestro territorio de inmigrantes que huyen de la pobreza y la violencia de sus países de origen, cuyas diferencias resultan molestas a muchos, son claramente distintos a la cálida recepción, admiración social y facilidades en el acceso a recursos que gozan algunos adinerados y poderosos personajes extranjeros que llegan a nuestro territorio desde los mismos orígenes (ej. deportistas profesionales, empresarios, etc.).

c) Tensión en Escenario de Prejuicios: ¿hablamos de miedo? Walters (2011) plantea una teoría integradora que ofrece una comprensión más amplia de los determinantes etiológicos de este tipo de delitos. Desde este

enfoque se señala que los delitos de odio deben analizarse teniendo en cuenta el contexto de desventaja socioeconómica y en factores culturales potenciadores de los prejuicios, que se nutren dentro de las familias, los círculos de amistad y en el ámbito comunitario. El etiquetado social negativo que habitualmente se asocia a determinados grupos, promueve que se señale a sus miembros como una amenaza para el *statu quo* de la normalidad cultural dominante y para la seguridad socioeconómica (diferencia y tensión). Algunos grupos sociales se etiquetan como desviados y/o se clasifican como inferiores, promoviendo la estigmatización y deshumanización de sus miembros. Los prejuicios pueden arraigarse socialmente con el paso de tiempo y son difíciles de cambiar, dejando a ciertos grupos en un estado perpetuo de marginación y vulnerabilidad. En este entorno, los sentimientos de resentimiento dirigidos hacia ciertos colectivos pueden ser alimentados por dos fuentes: por un lado la inestabilidad socioeconómica y las frustraciones internalizadas sobre la seguridad económica, por otra parte las construcciones sociales de diferencia y desconfianza en el otro, actúan para exacerbar emociones de odio y prejuicio. Los factores sociológicos son amplificados sistemáticamente por la emoción del miedo, que inevitablemente confluye en una cultura de prejuicios sostenida por las redes sociales de comunicación (Walters, 2011). En este contexto, el miedo a que otros colectivos usurpen los valores y normas asociados a la identidad del grupo dominante y su seguridad socioeconómica, alimenta el clima de prejuicio en contra de éstos. Concretamente, se sugiere que los grupos sociales que se adhieren a la normatividad dominante y/o poderosos, comenten delitos de odio con dos finalidades:

— *Mecanismo de represión al exogrupo*: se salvaguarda el *statu quo* impidiendo a otros grupos remontar escalas socioeconómicas, que potencialmente pueden modificar su forma de vida, salvaguardando para el propio grupo unas mayores cuotas de recursos económicos y de poder político.

— *Propaganda e incitación al odio contra colectivos*: se promueve el rechazo hacia determinados colectivos señalando *chivos expiatorios* a quienes culpar del origen de la tensión, dificultades y privación de derechos de ciertos sectores de la sociedad. Este mecanismo de atribución externa del problema, desplaza la propia responsabilidad de los colectivos con poder y perpetúa las desigualdades socioeconómicas.

Si bien es cierto que la integración de las teorías resuelve algunos interrogantes planteados, seguimos sin comprender aquellas situaciones en las que la población está igualmente expuesta a tensiones socioeconómicas y construcciones hegemónicas de su identidad, pero sólo algunas per-

sonas cometen delitos de odio mientras que otras eligen no hacerlo. Estos interrogantes nos llevan inevitablemente a acudir a explicaciones donde se diferencien aquellas características psicológicas más asociadas a la comisión de estos delitos.

d) **Teoría del Autocontrol:** Gottfredson y Hirschi (1990) destacan que la mayoría de las personas tienen control sobre sus acciones, lo que les impide sucumbir a la tentación de una oportunidad delictiva. Esta capacidad de autocontrol es entrenada desde edades tempranas durante el proceso de socialización, promoviendo las estrategias de gestión emocional que permitan aplazar las gratificaciones y tolerar las frustraciones cotidianas. Si durante las etapas de la infancia y juventud existen deficiencias educativas que generen limitaciones en el aprendizaje de la gestión emocional (p. ej. no se establecen límites, no se ofrece una correcta supervisión del comportamiento, antecedentes delictivos y antisociales en su ámbito familiar, etc.), algunas personas desarrollarán bajos niveles de autocontrol. Los individuos con déficits de autocontrol pueden mostrarse impulsivos, insensibles, carentes de respeto por quienes les rodean, frecuentemente asumen riesgos físicos y presentan escasa capacidad de proyectarse a medio o largo plazo. Asimismo, se observa un umbral de baja tolerancia hacia las necesidades y características idiosincráticas de los demás. Las carencias en capacidad de autocontrol constituirían la principal cualidad individual que origina el comportamiento delictivo, dado que el delito les permitiría obtener de manera fácil emociones agradables y, en algunos casos, los recursos materiales deseados. En conexión con lo anterior, encontramos la posibilidad de alcanzar equivalentes psicológicos temporales de bajo autocontrol mediante el uso y/o abuso de alcohol y otras sustancias estupefacientes.

5.3.2. COLECTIVOS DE VICTIMIZACIÓN: EL DAÑO QUE SE PRODUCE A LAS VÍCTIMAS

No podíamos finalizar este apartado sin analizar el daño que se produce a las víctimas, dado que también constituye una forma de «caracterizar» el propio comportamiento delictivo. Concretamente, los delitos contra la sociodiversidad producen no sólo un daño físico y emocional a la víctima, sino que además presentan una serie de características distintivas (Sáez y cols., 2013):

FIGURA 6

Características distintivas de los delitos contra la sociodiversidad

Seleccionan a la víctima por razón de su identidad	Impacto psicológico
<ul style="list-style-type: none"> • Es una forma de discriminación e intolerancia que vulnera los Derechos Humanos. • Estos delitos o crímenes de odio son los que más deshumanizan, porque quienes los cometen consideran que sus víctimas carecen de valor humano (les niegan dignidad) a causa de su color de piel, origen étnico, lengua, religión, orientación sexual, discapacidad u otra condición social. 	<ul style="list-style-type: none"> • Tienen un impacto psicológico mayor que delitos similares en los que en su causa no está presente el prejuicio, ya que afectan a la dignidad, libertad o igualdad de las personas. • Los delitos de odio atemorizan a las víctimas, a sus grupos y comunidades, afecta a todo el grupo social al que pertenece la víctima, diseminando incertidumbre, miedo y horror, provocando el enfrentamiento comunitario.

FUENTE: Adaptado de Méndez, Suárez y cols. (2019).

Las consecuencias físicas, psicológicas y sociales que sufren las víctimas de los delitos de odio varían en función de la gravedad del delito, de la personalidad de la víctima y del tiempo transcurrido de los hechos (Achutegui, 2017). De este modo, la víctima de un delito de odio puede sentirse confusa, incrédula e indefensa ante ataques motivados por características propias como la etnia, nacionalidad, color de piel, orientación sexual, género, creencia religiosa, edad, discapacidad física o mental (Sáez y cols., 2013). Concretamente, según la Asociación Americana de Psicología (2011) los supervivientes a un delito de odio presentan mayor riesgo a desarrollar altos niveles de ansiedad, ira, miedo intenso, soledad, sentimientos de vulnerabilidad y depresión e incluso desarrollar síndrome de estrés postraumático. A su vez, diversos estudios empíricos han encontrado que los delitos de odio causan un mayor sufrimiento psicológico a sus víctimas que delitos similares no basados en el prejuicio. El miedo y la ansiedad generados por los delitos de odio se extienden más allá de los individuos, y afectan a la familia y a la comunidad a la que pertenece la víctima. Los miembros de su grupo se sienten victimizados, ya que, siendo objetivos habituales de diversos ataques, se les recuerda su vulnerabilidad para sufrir agresiones similares (OSCE-Movimiento contra la intolerancia, 2005).

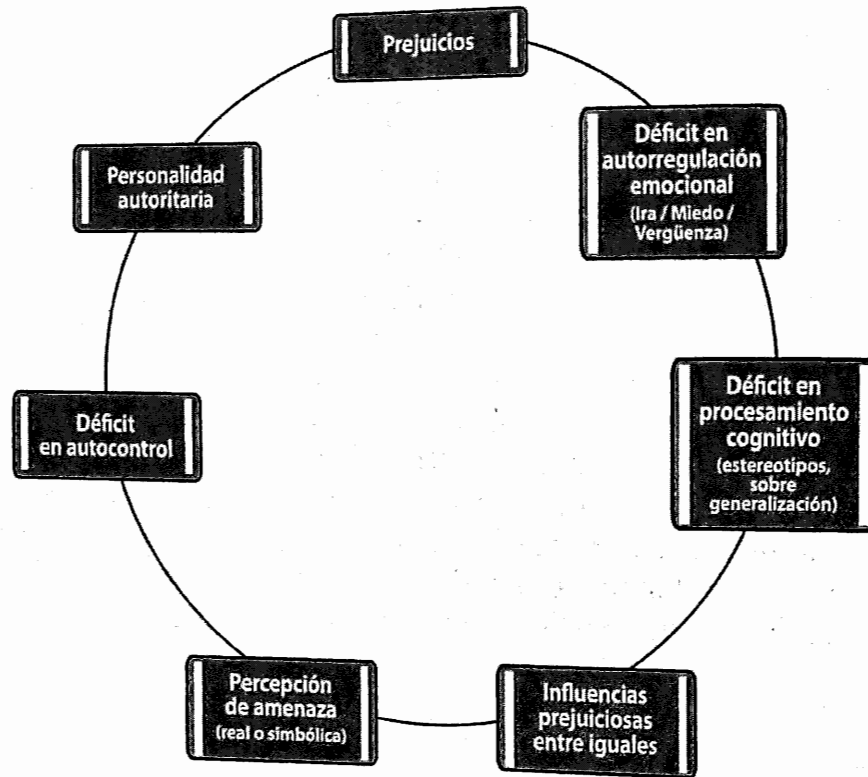
Finalmente, si centramos la atención en los costes sociales, culturales y económicos, podemos señalar dos fuentes de daño en las víctimas de delitos de odio: la victimización primaria (daños ocasionados directamente por el delito) y la victimización secundaria (prejuicios generados por

la incomprensión y desconocimiento social de los efectos y sufrimiento causado por un delito de estas características). Con la finalidad de minimizar dicha revictimización, en la actualidad existen diferentes protocolos institucionales de actuación. Concretamente, en el ámbito de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, se cuenta con la figura policial del interlocutor social creado al amparo del Protocolo de Actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los Delitos de Odio. Así, durante el año 2015 se ha venido tejiendo una red a nivel nacional que ha permitido a los agentes policiales establecer relaciones con la comunidad y las ONGs de víctimas y de defensa de los derechos humanos, así como con otras organizaciones representativas de minorías, estrechar lazos y crear cauces fluidos de comunicación (Ministerio del Interior, 2015). A su vez, en cuanto a la actuación de los órganos judiciales es importante señalar el papel que ha tenido el *Estatuto de la Víctima* aprobado por Ley 4/2015, de 27 de abril (BOE, 28 de abril de 2015). Dicho Estatuto supone un punto de inflexión en la atención y protección que se ofrece a las víctimas en los procesos judiciales, pues sistematiza y regula sus derechos desde su inicio en las dependencias policiales hasta la completa ejecución de la pena, favoreciendo una participación en el proceso judicial.

5.4. DELINCIENTES Y DELINCUENCIA DE ODIO

Tal y como se ha señalado en el anterior apartado, existe evidencia empírica que respalda el papel del prejuicio en la comisión de los delitos contra la sociodiversidad. Sin embargo, la mera existencia de prejuicios no puede explicar por sí misma la actividad delincencial. Por ello, resulta fundamental determinar qué características específicas explican la causalidad individual del delito de odio, teniendo en cuenta la existencia de múltiples variables interrelacionadas que afectan a las conductas de las personas. Concretamente, siguiendo a Walters y Brown (2016) destacan una serie de variables que la literatura científica ha identificado como relevantes en aquellas personas que han cometido delitos de odio (ver figura 7).

FIGURA 7
Variables estudiadas en personas que han cometido delitos de odio



FUENTE: Adaptado de Méndez, Suárez y cols. (2019).

En 1993, y tras el análisis de los informes policiales sobre delitos de odio registrados en Boston, Levin y McDevitt (Levin y McDevitt, 1993; McDevitt, Levin y Bennet; 2002) hallaron que aquellas personas que habían cometido delitos de odio podrían agruparse diferencialmente, atendiendo a las *motivaciones percibidas subyacentes*, en cuatro categorías motivacionales: Búsqueda de emociones, Defensiva, Vengativa y Misión. Con posterioridad, Walters y Brown (2016) ampliaron dicha revisión, analizando y nutriendo de nuevas informaciones a cada una de las tipologías anteriormente señaladas. Concretamente, las tipologías resultantes fueron las siguientes (Méndez, Suárez y cols., 2019):

- **Buscadores de emociones:** constituyen la categoría mayoritaria de delincuentes de odio (66 %) y están motivados principalmente por la búsqueda de la excitación derivada de la agresión, presentando un nivel de prejuicios bajo-medio (McDevitt, Levin y Bennet; 2002). Estas personas suelen actuar en grupos formados por jóvenes, liderados por uno o dos

cabecillas, que con frecuencia se aventuran fuera de su barrio para realizar una búsqueda premeditada, seleccionando víctimas de colectivos específicos, a quienes insultar y/o agredir físicamente, como un recurso para combatir el aburrimiento. También se ha vinculado la búsqueda de emociones y la presencia de consumo de alcohol y otras sustancias estupefacientes como características significativas en delincuentes juveniles de odio.

Un aspecto de particular importancia para comprender este tipo de delincuencia es el hecho de que muchos delitos motivados por prejuicios ocurren en grupo (Williams y Tregidga, 2014). Dicha violencia grupal es más frecuente para ciertos tipos de motivaciones de odio. Así, los delitos de odio racistas y anti-LGTB tienen más probabilidades de ejecutarse por más de una persona (60 % y 52 % respectivamente) mientras que los delitos de odio a discapacitados, tenían más probabilidades de involucrar a un solo perpetrador (59 %). A pesar de no estar totalmente clarificado el por qué la delincuencia grupal es ligeramente más prevalente en algunos delitos de odio, esta violencia grupal podría suponer una estrategia de vinculación entre iguales, particularmente en varones jóvenes que obtienen aceptación, respeto y aprobación de los demás (Steinberg, Brooks y Remtulla, 2003).

- Defensivos: representan el 25 % de los delincuentes de odio (Levin y McDevitt, 1993). Estos ofensores están motivados principalmente por una amenaza percibida a su territorio, interpretando que debe ser defendido de posibles intrusos o invasores, con quienes compiten por recursos sociales escasos. Estas personas canalizan su rabia y la racionalizan como una forma de auto-protección o auto-defensa. Se defienden de determinados colectivos a quienes juzgan como injustos beneficiarios de los escasos recursos sociales (Gadd, Dixon y Jefferson, 2005; Green, Strolovitch y Wong, 1998), o de ciertos colectivos (como las personas con discapacidad o inmigrantes) señalados como *parásitos del estado de bienestar* (Chakraborti, Garland y Hardy, 2014), a quienes responsabilizan de situaciones de reducción o limitación de los recursos disponibles para el resto de la sociedad. Esta tipología de delincuentes normalmente ejecuta los hechos violentos dentro de su zona habitual de residencia (vecindario, lugar de trabajo, escuela, etc.) y suelen actuar en solitario.

- Vengativos: alrededor del 8 % de los perpetradores contra la sociodiversidad fueron clasificados en el estudio de Levin y McDevitt (1993) como motivados por venganza, esto es, individuos que reaccionan violentamente ante un ataque previo de odio (real o percibido) dirigido contra su comunidad o su grupo de pertenencia. Dichos delitos se cometen de forma habitual de manera individual y en el territorio de la propia víctima. Concretamente, este tipo de delitos se suelen producir en fechas posteriores a determinados eventos desencadenantes, como atentados terroristas nacionales o internacionales (p. ej., tras el 11 de septiembre de

2001, 7 de julio de 2005 o París, 2015), desencadenándose reacciones violentas contra determinados colectivos (Hanes y Machin, 2014; Feldman y Littler, 2014). Estas venganzas también se relacionan con la percepción de la amenaza a la propia forma de vida de su grupo de referencia. Como ejemplo se destacan las protestas callejeras y el incremento significativo de los ataques violentos contra las personas LGTBI, ocurridas en Francia y en otros países, durante la introducción de los derechos de matrimonio igualitario para las parejas del mismo sexo, encabezadas por aquellos que interpretan que la nueva legislación suponía un ataque a la institución del matrimonio (SOS Homophobie, 2014).

- Misioneros del odio-fanáticos: estos delincuentes tienen interiorizada una misión o meta vital: construir lo que ellos consideran un mundo mejor. La asunción de este cometido conlleva la eliminación de determinados colectivos considerados inferiores (más que a sujetos individuales), a quienes consideran culpables de la destrucción de su cultura, su economía o la pureza de la estirpe. Se suelen agrupar en organizaciones activas y potencialmente muy violentas, que obedecen a mandatos ideológico-morales de orden superior. Concretamente, este tipo de agresores tienen como propósito vital identificar y atacar a ciertos colectivos, suelen pertenecer a grupos organizados (grupos de odio) que coordinan protestas y ataques contra aquellos colectivos que consideran inferiores (McDevitt, Levin y Bennet, 2002). Afortunadamente, esta tipología de delincuentes de odio son los menos prolíficos, representando menos del 1% de los casos. No obstante, sus delitos tienen letales implicaciones, llevando a cabo las formas más extremas de violencia (Dunbar, Quinones y Crevecoeur, 2005).

A pesar de la validez de la clasificación que acabamos de mostrar, puede resultar demasiado simplista, ya que muchos de los agresores pueden tener múltiples motivaciones para la agresión. Además, se deben tener en cuenta las posibles influencias mutuas entre las diferentes tipologías. Así, los misioneros del odio pueden alimentar un clima amplio de prejuicios y odio, que fomentan un entorno en el que los buscadores de emociones y los defensivos interpreten la existencia de justificaciones para cometer delitos. A su vez, las agresiones defensivas pueden dar lugar a venganzas, perpetuándose un círculo vicioso entre la victimización (percibida) y las agresiones motivadas por el odio (Walters y Brown, 2016).

5.4.1. CUANDO EL DELITO DE ODIOS SE COMETE EN LA RED: LOS CIBER-DELINCUENTES DE ODIOS

Las tipologías expuestas en el apartado se refieren casi exclusivamente a delitos de odio cometidos en el mundo físico, pero no podemos olvi-

dar que hay múltiples ofensas basadas en el odio que ocurren el mundo virtual que, podrían alcanzar una gran magnitud si fueran registradas y sancionadas (Méndez, Suárez y cols., 2019). En la actualidad, el conocimiento sobre las características de las personas que cometen este tipo de abusos en el espacio virtual es escaso; resulta imprescindible potenciar la investigación científica que analice las motivaciones y características de esos ciberdelincuentes de odio y la posible amplitud de su hostilidad específica contra determinados colectivos en otros ámbitos de su realidad. Concretamente, la pregunta que se plantea es la siguiente: ¿realmente todas las personas que manifiestan su odio en la red pueden cometer delitos fuera de ella?

En este contexto, una de las investigaciones destacadas fue la realizada por Awan (2014) quien desarrolló una tipología de ciberdelincuentes de odio antimusulmán. Su estudio se centró exclusivamente en Twitter, con una muestra aleatoria de 500 tweets anti-musulmanes, que pudieron ser agrupados en las siguientes categorías:

— *Pescador-rastreador*: a través de las redes sociales se dirige a individuos relacionados con el colectivo odiado.

— *Aprendiz*: tiene poca experiencia en las redes sociales pero, sin embargo, ha comenzado a atacar a personas. Se apoya en otros ciberdelincuentes más experimentados.

— *Diseminador*: difunde reiteradamente mensajes, imágenes y documentos virtuales de odio. Se dirige específicamente al colectivo odiado.

— *Impostor*: usa un perfil falso para difundir información e imágenes y atacar a individuos del colectivo odiado.

— *Cómplice*: se une a las conversaciones a través de las redes sociales para atacar a personas vulnerables.

— *Reactivo*: después de un incidente relevante donde esté presente el colectivo odiado (ej. *problemas de inmigración*), comenzará una campaña virtual dirigida a ese grupo o individuos específicos.

— *Mutante*: cambia de forma regularmente en las redes sociales para continuar atacando a personas vulnerables.

— *Profesional*: tiene una gran cantidad de seguidores en las redes sociales. Posee múltiples cuentas en éstas dirigidas contra comunidades. Promueve una campaña de odio contra personas o grupos, sin importar consecuencias.

Este estudio encontró que el 72 % de los autores eran hombres; siendo la categoría más común el reactivo, seguido de cerca por cómplices, impostores y diseminadores. Finalmente, se observa que la mayoría parecían estar motivados por factores similares a los presentados en la tipología

descrita en el apartado anterior. A partir de esta investigación se concluye que los ciberdelitos de odio y aquellos que ocurren fuera de las redes sociales no deben examinarse aisladamente (Awan y Zempi, 2015). El aumento de ciberdelitos sugiere que aquellas personas con prejuicios tienen más probabilidades de agredir de manera virtual. El anonimato que ofrece Internet, la facilidad de uso y su capacidad para difundir masivamente la información pueden facilitar la comisión de ciberdelitos de odio, en personas que normalmente controlan su comportamiento en el mundo real (Méndez, Suárez y cols., 2019).

5.5. POSIBILIDADES DE INTERVENCIÓN CON LOS DELINCUENTES DE ODIOS

«Combatir el odio en nuestra sociedad supone reconocerlo e identificar a sus promotores, así como a los que lo ejercen, dañando a personas, colectivos y/o sus propiedades. Combatir el odio supone responsabilizarse de sus perpetradores, facilitando procesos de cambio personal y social, que potencien la resolución pacífica de conflictos. Combatir el odio supone la no aceptación y justificación de sus consecuencias».

(Sternberg y Sternberg, 2010)

En los últimos años se ha acrecentado la preocupación por el desarrollo de intervenciones psicoterapéuticas y de reeducación psicológica y social, que minimicen el riesgo de reincidencia de aquellas personas que comenten delitos contra la sociodiversidad. Actualmente existen una serie de recomendaciones cuyo objetivo es divulgar las buenas prácticas profesionales y garantizar la efectividad en el diseño y ejecución de estas intervenciones (Iganski *et al.*, 2011):

Necesidad de desarrollar políticas nacionales de intervención con infractores de delitos motivados por prejuicios. Necesidad de compromiso social y político en la lucha contra los delitos de odio, seriedad del desarrollo legislativo y coherencia en la construcción de medios y recursos prácticos para prevenirlos. Se recomienda establecer grupos de trabajo interdepartamentales para desarrollar intervenciones basadas en la evidencia de su efectividad.

Potenciar el desarrollo de investigación que mejore los escasos conocimientos específicos sobre delincuentes de odio. Se propone una mayor investigación sobre las motivaciones de los delitos de odio. Del mismo modo, es necesario evaluar sistemáticamente el potencial de reintegración y reeducación efectiva de los programas ejecutados hasta la actualidad.

(Continuación)

Adaptación de los programas inicialmente dirigidos a delincuentes racistas para intervenir con quienes cometen otras tipologías de delitos de odio. Se recomienda investigar el desarrollo de buenas prácticas para responder a los delitos de odio y discriminación, mediante la adaptación de los programas existentes o mediante el desarrollo de distintas intervenciones dirigidas a los diferentes delincuentes de odio.

Compromiso estable de financiación. Esto garantiza la durabilidad y estabilidad de los programas, para que no dependan a corto plazo de fondos imprevisibles. Se destaca la experiencia en Estados Unidos, donde a pesar de ser pioneros en el desarrollo legislativo contra este tipo de delitos, existe actualmente una escasa presencia de programas.

Aplicación de un modelo conceptual y/o terapéutico consolidado. Para garantizar la continuidad y evaluación de los programas de rehabilitación de delincuentes de odio es relevante el diseño de programas estructurados donde las intervenciones no dependan de la motivación y capacitación individual de personas concretas. Resulta fundamental establecer y difundir el conocimiento, construyendo una práctica basada en la evidencia, que se pueda compartir con nuevos equipos de terapeutas.

Diseño de programas de intervención específicos de rehabilitación de delincuentes de odio:

- Posibilidad de aplicación en formato individual o grupal.
- Orientaciones psicoeducativas y terapéuticas basadas en ejemplos existentes de buenas prácticas, estrategias terapéuticas con mayor evidencia de efectividad.
- La intervención debe ser flexible para adaptarse a las condiciones y demandas existentes en su contexto particular.
- La intervención debe adaptarse para su aplicación en la comunidad y en condición de privación de libertad.
- Los programas deben recibir una amplia difusión entre la comunidad profesional, para permitir su cualificación y la trasmisión de buenas prácticas de intervención.

Intervención especializada dirigida a delincuentes de odio y discriminación: se recomienda adaptar y desarrollar programas específicos ya que se presentan problemáticas particulares, además de desarrollar estrategias específicas para la rehabilitación de delincuentes con diferentes motivaciones de odio.

Impulsar políticamente la evaluación sistemática de los programas existentes, además de exigir el diseño de evaluaciones para el desarrollo de cualquier programa futuro.

Realizar seguimiento posterior a la finalización de los programas. Este elemento es crucial para la evaluación y debe integrarse tanto en los programas existentes y futuros.

Analizar las ventajas y desventajas de los programas basados en principios terapéuticos y aquellos basados en un modelo educativo. Los resultados de la evaluación han de utilizarse en el diseño de futuros programas.

En el contexto español, se destaca el empuje de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias en la creación y puesta en marcha del denominado *Programa Diversidad: Intervención Psicoterapéutica para la igualdad de trato y no discriminación frente a los delitos de odio* (Méndez, Suárez y cols., 2019). Dicho programa constituye la primera iniciativa psicoterapéutica y reeducativa específica dirigida a personas condenadas por delitos de odio y discriminación en el contexto cultural español. Se trata de una propuesta adaptada a los fines de reinserción encomendada constitucionalmente a los Centros Penitenciarios y Servicios de Gestión de Penas y Medidas Alternativas. Para su diseño se ha contado con un equipo de profesionales penitenciarios, académicos y del tercer sector, con gran experiencia psicoterapéutica, investigadora y de intervención comunitaria.

El *Programa Diversidad* tiene como objetivos fundamentales los siguientes:

- Erradicar las conductas delictivas y reducir el nivel de reincidencia.
- Modificar aquellos factores de riesgo dinámicos relevantes en delitos de odio y discriminación.
- Promover factores prosociales de protección ante el comportamiento delictivo.
- Fomentar la construcción de una ciudadanía integradora, mediante el reconocimiento, respeto y reivindicación de los Derechos Humanos.
- Introducir mejoras en el funcionamiento psicológico, mediante el entrenamiento de habilidades y construcción de valores prosociales que faciliten su adecuada integración.

Sin duda, la erradicación de este tipo de comportamientos delictivos contra la sociodiversidad es una tarea sumamente costosa que requiere el esfuerzo de múltiples actores profesionales e institucionales, atendiendo a la «realidad social prejuiciosa» existente en nuestro contexto comunitario. Los delitos motivados por el odio y los prejuicios constituyen un reflejo de una coexistencia deteriorada y enfrentada que no favorece el bienestar social. La identificación de los mismos y el consiguiente reproche penal y social resulta una estrategia imprescindible para favorecer una convivencia armónica y el desarrollo social. Paralelamente, se requiere una clara apuesta social y política que promueva la aceptación de la sociodiversidad como fuente de riqueza y progreso, como horizonte a seguir para alcanzar el pleno disfrute de los derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

- ACHUTEGUI, P. (2017): «Victimización de los delitos de odio. Aproximación a sus consecuencias y a las respuestas institucional y social», *Revista de Victimología*, 5, pp. 33-62.
- AGNEW, R. (1992): «Foundation for a general strain theory of crime and delinquency», *Criminology*, 30, pp. 47-87.
- ALLPORT, G. W. (1954): *The nature of prejudice*. Massachusetts, Addison-Wesley Publishing Company.
- American Psychological Association - APA (2011): «The Psychology of Hate Crimes», *Public Interest Government Relations*.
- AUMER, K.; BAHN, A., y HARRIS, S. (2015): «Through the Looking Glass, Darkly: Perceptions of Hate in Interpersonal Relationships», *Journal of Relationships Research*, 6, E3.
- AWAN, I. (2014): «Islamophobia and Twitter: A Typology of Online Hate Against Muslims on Social Media», *Policy y Internet*, 6, pp. 133-150.
- AWAN, I., y ZEMPI, I. (2015): *We fear for our lives: Offline and online experiences of anti-Muslim hostility*.
- BANDURA, A.; ROSS, D., y ROSS, S. A. (1963): «A comparative test of the status envy, social power, and secondary reinforcement theories of identificatory learning», *The Journal of Abnormal and Social Psychology*, 67 (6), pp. 527-534.
- BAUMEISTER, R. F., y BUTZ, D. A. (2005): «Roots of Hate, Violence, and Evil», in R. J. Sternberg (Ed.), *The psychology of hate*, pp. 87-102, Washington, DC, US: American Psychological Association.
- BAUMEISTER, R. F. (1996): *Evil: Inside Human Violence and Cruelty*, Nueva York, Editorial W. H. Freeman and Company.
- BECK, A. T. (2003): *Prisioneros del odio: las bases de la ira, la hostilidad y la violencia*, Barcelona, Paidós.
- CHAKRABORTI, N.; GARLAND, J., y HARDY, S.-J. (2014): *The Leicester Hate Crime Project: Findings and Conclusions*, University of Leicester.
- DUNBAR, E.; QUINONES, J., y CREVECOEUR, D. A. (2005): «Assessment of hate crime perpetrators: The role of bias intent in examining violence risk», *Journal of Forensic Psychology Practice*, vol. 5, n.º 1, pp. 1-19.
- FELDMAN, M., y LITTLER, M. (2014): *Tell MAMA Reporting 2013/14 anti-Muslim overview, analysis and «cumulative extremism»*, Centre for Fascist, Anti-Fascist and Post-Fascist Studies.
- FROMM, E. (1965): *Man for himself: an inquiry into the psychology of ethics*, Nueva York, Flawcett Premier. Traducción española, *Ética y psicoanálisis*, Fondo de Cultura Económica, 2013.
- GADD, D.; DIXON, B., y JEFFERSON, T. (2005): *Why do they do it? Racial harassment in North Staffordshire*, Keele: Centre for Criminological Research, Keele University.
- GOTTFREDSON, M., y HIRSCHI, T. (1990): *A general theory of crime*. Stanford, CA: Stanford University Press.
- GREEN, D. P.; STROLOVITCH, D. Z., y WONG, J. S. (1998): «Defended neighbourhoods, integration and racially motivated crime», *American Journal of Sociology*, 104, 2, pp. 372-403.
- HANES, E., y MACHIN, S. (2014): «Hate crime in the wake of terror attacks: Evidence from 7/7 and 9/11», *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 30, 3, pp. 247-267.
- IGANSKI, P.; SMITH, D.; DIXON, L.; KEILINGER, V.; MASON, G.; MCDEVITT, J.; STELMAN, A.; BARGEN, J.; LAGOU, S., y PFEFFER, R. (2011): *Rehabilitation of Hate Crime Offenders*, Glasgow, UK.

- LACASSAGNE, A. (1913): «Les transformations du droit pénal et les progrès de la médecine légale, de 1810 à 1912», *Archives d'anthropologie criminelle*, 364.
- LEVIN, J., y MCDEVITT, J. (1993): *Hate Crimes: The Rising Tide of Bigotry and Bloodshed*, New York, Plenum Press.
- MCDEVITT, J.; LEVIN, J., y BENNET, S. (2002): «Hate crime offenders: An expanded typology», *Journal of Social Studies*, 58 (2), pp. 303-317.
- MÉNDEZ-LORENZO, R.; SUÁREZ-MARTÍNEZ, A.; RUIZ-ALVARADO, A.; CHICLANA DE LA FUENTE, S.; DOMINGUEZ-CHAOS, M.; SOLÍS-SERRANO, F.; TOMÁS-ALONSO, S.; LOBOGUERRA, M.; LÓPEZ-LÓPEZ, J. R.; ORO-PULIDO MIGUEL, M.; SOBRINO-SOBRINO, R. (2019): *Programa Diversidad: Intervención psicoterapéutica para la igualdad de trato y no discriminación contra los delitos de odio*, Madrid, Ministerio del Interior.
- MERRICK, C. (2017): «Give Hate a Chance: An Exploration of the Affective State of Interpersonal Hate», *Theses and Dissertations*, 1937.
- MERTON, R. K. (1968): *Social theory and social structure*, New York, Free Press.
- Ministerio del Interior (2015): *Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España*, Madrid, Secretaría de Estado de Seguridad, Gabinete de Coordinación y Estudios.
- Movimiento contra la Intolerancia (2014): *Movimiento Contra la Intolerancia (2014). Contra la discriminación y el delito de odio. Solidaridad con las víctimas de racismo, xenofobia e intolerancia*, Madrid, Oficina de Solidaridad con las víctimas del delito de odio y discriminación.
- Movimiento Contra la Intolerancia (2017): «Monotorización del discurso y de los delitos de odio», *Informe Raxen: Racismo, Xenofobia, Antisemitismo, Islamofobia, Neofascismo y otras manifestaciones de Intolerancia a través de los hechos*, 62, abril-junio de 2017.
- OSCE-Movimiento contra la intolerancia (2005): *La lucha contra los delitos de odio en la Región OSCE*, Varsovia-Polonia, Oficina para las Instituciones Democráticas y los Derechos Humanos.
- PERRY, B. (2001): *In the name of hate: Understanding hate crimes*, New York, Routledge.
- PERRY, B. (2009): «The sociology of hate: Theoretical approaches», en B. Perry (ed.), *Hate crimes* (vol. 1), London, Praeger.
- RAY, L., y SMITH, D. (2002): «Hate crime, violence and cultures of racism», en P. Iganski (ed.), *The hate debate*, London, Profile Books.
- SÁEZ, J.; MARTÍN, D.; CANO, J. F.; ANDRÉS, M.; SERRANO, M.; PARDO, M.; IBARRA, E.; BUSTOS, A.; GUTIÉRREZ, C., y GARCÍA, P. (2013): *Guía para la Gestión Policial de la Diversidad*.
- SOS Homophobie (2014): «Rapport sur l'homophobie», 2014, *SOS homophobie*.
- STAUB, E. (1989): *The roots of evil: The origins of genocide and other group violence*, Cambridge University Press.
- STAUB, E. (2005): «The Origins and Evolution of Hate, With Notes on Prevention», in R. J. Sternberg (ed.), *The psychology of hate*, pp. 51-66, Washington, DC, US: American Psychological Association.
- STEINBERG, A.; BROOKS, J., y REMTULLA, T. (2003): «Youth hate crimes: Identification, prevention, and intervention», *American Journal of Psychiatry*, vol. 160, n.º 5, pp. 979-989.
- STERNBERG, R., y STERNBERG, K. (2010): *La Naturaleza del odio*, Madrid, Ediciones Paidós.
- WALTERS, M. A. (2011): «A general theories of hate crime? Strain, doing difference and self control», *Critical Criminology*, 19 (4), pp. 313-330, Editor Springer Netherlands.
- WALTERS, M. A., y BROWN, R. (2016): «Causes and motivations of hate crime», *Equality and Human Rights Commission-Research report*, 102.
- WEIS, K. (2006): *Explorations of the duplex theory of hate*, Berlín, Ed. Logos.

- WILLIAMS, M. L., y TREGIDGA, J. (2014): «Hate crime victimization in Wales: Psychological and physical impacts across seven hate crime victim-types», *British Journal of Criminology*, 54, pp. 946-967.
- ZAJONC, R. B. (2000): «Feeling and thinking: Closing the debate over the independence of affect», en J. P. Forgas (ed.), *Studies in emotion and social interaction, second series. Feeling and thinking: The role of affect in social cognition*, pp. 31-58, New York, NY, US: Cambridge University Press.
- ZIMBARDO, P. G. (2004): «A situationist perspective on the psychology of evil: understanding how good people are transformed into perpetrators», in A. Miller (ed.), *The social psychology of good and evil*, pp. 21-50, New York, Guilford Press.

CUARTA LECTURA

Alcàcer Guirao, R. (2020). Discurso del odio y sociedad democràtica. Alcàcer Guirao, R. La libertad del odio. Discurso intolerante y protecciòn penal de minorias. Madrid, España. Editorial Marcial Pons, pp. 13-34.

La discusión sobre los límites de la libertad de expresión ante el discurso extremista, racista o antidemocrático trasciende el ámbito del Derecho penal, y del Derecho, para erigirse en una de las grandes cuestiones de la filosofía política.

RAFAEL ALCÁCER GUIRAO

LA LIBERTAD DEL ODIO
Discurso intolerante y protección
penal de minorías

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2020

La colección *Derecho penal y Criminología* publica aquellos trabajos que han superado una evaluación anónima realizada por especialistas en la materia, con arreglo a los estándares usuales en la comunidad académica internacional.

Los autores interesados en publicar en esta colección deberán enviar sus manuscritos en documento *Word* a la dirección de correo electrónico manuscritos@derechopenalycriminologia.es. Los datos personales del autor deben ser aportados en documento aparte y el manuscrito no debe contener ninguna referencia, directa o indirecta, que permita identificar al autor.

Puede encontrarse más información sobre la colección en la siguiente página web:
www.derechopenalycriminologia.es.

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Rafael Alcácer Guirao

© MARCIAL PONS

EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ (91) 304 33 03

www.marcialpons.es

ISBN: 978-84-9123-925-3

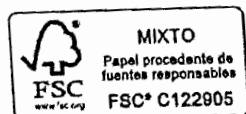
Depósito legal: M. 27.770-2020

Diseño de la cubierta: ene estudio gráfico

Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.

Impresión: ELECÉ, INDUSTRIA GRÁFICA, S. L.

Polígono El Nogal - Río Tiétar, 24 - 28110 Algete (Madrid)
MADRID, 2020



CAPÍTULO I

DISCURSO DEL ODIO Y SOCIEDAD DEMOCRÁTICA

1. MUESTRARIO DEL ODIO

Mark Anthony Norwood, miembro del *British National Party* colgó en la ventana del primer piso de su vivienda un póster de gran tamaño en el que, junto a una fotografía de las Torres Gemelas en llamas, podía leerse la siguiente leyenda: «Islam fuera de Gran Bretaña. Protege a los británicos»¹.

Mohamed Kamal Mustafá, imán de la mezquita de Fuengirola, España, publicó un libro que distribuyó entre sus fieles titulado *La mujer en el islam*, en el que, entre otros temas, se abordaba cómo debían los matrimonios solventar sus disputas. En lo tocante al trato que el marido debía dispensar a la mujer, afirmaba que debía comenzarse por diálogo sereno y, después, por la exhortación; si estos remedios al conflicto no funcionaban, podía recurrirse al abandono del lecho conyugal. Como última instancia, se planteaba el libro el recurso al castigo físico. Comenzaba por condenar que los malos tratos a la mujer siguieran reproduciéndose en distintas partes del mundo, poniendo de manifiesto que también existen bastantes casos de mujeres que maltratan a sus maridos. Después, recordaba que a los ojos del islam «el vínculo conyugal es una relación que se basa en el respeto mutuo», pero que, no obstante, ni la religión ni la legislación han conseguido poner freno a las sevicias contra las mujeres. Ante esa realidad, «el islam interviene para imponer unos límites que conviertan la paliza en un simple sufrimiento simbólico sin excesos», razón por la que se establecían los siguientes consejos y «limitaciones»: «Nunca se debe pegar en una situación de furia exacerbada y ciega para evitar males mayores. No se deben golpear las partes sensibles del cuerpo (la cara, el pecho, el vientre, la cabeza, etc.). Los golpes se han de administrar a unas partes concretas del cuerpo como los pies y las manos, debiendo utilizarse una vara no demasiado gruesa, es decir que ha de ser fina y ligera para que no deje cicatrices o hematomas en el cuerpo. Los golpes no han de

¹ *Norwood c. Reino Unido*, Decisión del TEDH de 16 de noviembre de 2004.

ser fuertes y duros, porque la finalidad es hacer sufrir psicológicamente y no humillar y maltratar físicamente»².

James Keegstra era profesor de un colegio público en la ciudad de Alberta, Canadá. En sus clases, describía a los judíos como traidores, sádicos, amantes del dinero, hambrientos de poder o asesinos de niños. Entre sus enseñanzas se incluían afirmaciones como que los judíos aspiraban a destruir la cristiandad y eran los responsables de las crisis económicas, la anarquía, el caos, la guerra y la destrucción, que crearon el Holocausto para ganarse las simpatías del resto del mundo. El señor Keegstra solicitaba de sus alumnos que reprodujeran sus enseñanzas en los exámenes, arriesgándose a suspender si no lo hacían³.

El cómic de humor negro *Hitler=SS*, publicado originalmente en Francia, apareció en España publicado por la revista *Makoki*. En él «se relatan una serie de episodios, cuyos escenarios son los campos de concentración nazis, o campos de exterminio, con alemanes de las Schutz-Staffel (SS) y judíos como protagonistas y antagonistas de “conductas [...] inhumanas, viles y abyectas, con un claro predominio de aberraciones sexuales”. “El transporte de prisioneros como si fuera ganado, la burla y el engaño del reparto de jabón antes de entrar en la cámara, el olor del gas y de los cadáveres, el aprovechamiento de restos humanos”, con otros muchos episodios se narran en tono de mofa, sazonando todo con expresiones insultantes o despectivas (“animales” o “carroña”, entre otras). Gráficamente se acentúa la decrepitud física de las víctimas en contraste con el aspecto arrogante de sus verdugos»⁴.

La asociación «Hazte Oír» fletó un autobús por diversas ciudades españolas, en el que, en letras de gran tamaño, podía leerse la siguiente leyenda: «Los niños tienen pene. Las niñas tienen vulva. Que no te engañen. Si naces hombre eres hombre. Si eres mujer, seguirás siéndolo»⁵.

Con ocasión de las elecciones celebradas en Bélgica en 2001, Daniel Féret, diputado del partido de extrema derecha *Front National* y editor de las publicaciones del partido, editó y distribuyó gran cantidad de octavillas y pósteres en los que se recogían diversos mensajes xenófobos. Así, en la octavilla titulada «¡Implicaos en lo que os afecta!» se promovía, concretamente, restablecer la prioridad del empleo para los belgas y europeos, repatriar a los inmigrantes, convertir los centros de refugiados políticos en albergues para los sin techo belgas, crear cajas de seguridad social separadas para los inmigrantes y detener la bomba «seguridad social para todos». En otra octavilla se decía que el *Front National* pretendía «oponerse a la islamización

² Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona de 12 de enero de 2004.

³ *R. v. Keegstra*, Sentencia del TS canadiense de 13 de diciembre de 1990.

⁴ STC 176/1995, de 11 de diciembre. La descripción de los hechos es cita literal de la sentencia.

⁵ Auto de la AP de Madrid (Sección 2.ª) 562/2017, de 14 de julio.

de Bélgica», «interrumpir la política de la seudointegración», «expulsar a los parados extracuropeos», «reservar a los belgas y europeos la prioridad de la ayuda social», «dejar de sustentar las asociaciones socioculturales de ayuda a la integración de los inmigrantes», «reservar el derecho de asilo [...] a las personas de origen europeo realmente perseguidas por razones políticas» y «entender la expulsión de los inmigrantes en situación irregular como una mera aplicación de la Ley». En una tercera octavilla, se decía que de todos los países del mundo, es Bélgica la que concede más fácil y rápidamente la naturalización, y que los sin papeles —ilegales y, por tanto, delincuentes— son regularizados masivamente. Junto a las anteriores, se distribuyó también un cartel que, con el título «Es el cuscús clan», se representaba a una mujer cubierta con un velo y un hombre con un turbante que sostenían un letrero en el que figuraba la inscripción: «El Corán dice: Matad a los infieles hasta que corra un baño de sangre». Debajo figuraba escrito en letras rojas: «¡El FN dice NO!». Ese cartel, editado en forma de octavilla, fue distribuido también añadiéndose la leyenda «Atentados en EEUU: es el cuscús clan»⁶.

Robert Faurisson, historiador francés y autor de distintas publicaciones en las que, a partir del análisis de diversa documentación histórica, se niega la existencia del Holocausto, fue entrevistado por la revista *Le choc du mois* con ocasión de la aprobación de la llamada *Ley Gayssot* el 13 de junio de 1990, que condenaba la negación de la existencia de los crímenes contra la humanidad cometidos por el nazismo. En la entrevista, además de expresar su preocupación por que la nueva ley constituía una amenaza para la libertad de investigación y la libertad de expresión, el autor reiteró su convencimiento personal de que en los campos de concentración nazis no se habían utilizado cámaras de gas homicidas para el exterminio de judíos⁷.

Dieudonné M'bala M'bala, actor y cómico francés de origen camerunés cercano al Frente Nacional, organizó en 2008 el octogésimo cumpleaños de Faurisson en el teatro de su propiedad, sito en París, acto en el que entregó al historiador un premio al «insolente descastado». El premio fue entregado por una de las asistentes del cómico vestida con un traje a rayas y una estrella amarilla cosida en el pecho⁸. En 2012, Dieudonné debuta como director con una película cómica titulada *El antisemita*, en la que el actor interpreta a un personaje violento que se viste con un uniforme nazi, se incluyen imágenes que hacen mofa del campo de Auschwitz, y en la que aparece su amigo Faurisson. El tráiler de la película muestra al actor vestido con un uniforme nazi

⁶ Asunto *Féret c. Bélgica*, STEDH de 16 de julio de 2009.

⁷ Sentencia de 9 de diciembre de 1992 del Tribunal de Apelación de París. Faurisson acudió al Comité de Derechos Humanos de la ONU, que desestimó su pretensión en Dictamen de 8 de noviembre de 1996 (Comunicación 550/1993). Está disponible en castellano en <http://www.umn.edu/humanrts/hrcommittee/spanish/550-1993.html>, de donde se toman las referencias a los hechos (último acceso: octubre de 2020).

⁸ Asunto *M'Bala M'Bala c. Francia*. Decisión de inadmisión TEDH de 20 de octubre de 2015.

mientras una voz en *off* le pregunta, con tono preocupado, si de verdad es antisemita. El actor responde afirmativamente, declarando que los judíos lo controlan todo, la prensa, las finanzas, la política... Termina diciendo: «No tenemos alternativa, tenemos [...] que exterminarlos», tras de lo que empieza a sonar una alegre música circense.

La Iglesia Baptista de Westboro, dirigida por el pastor Fred Waldron Phelps, y cuya página web tiene por dirección www.godbatesfags.com, acoge como elemento central de su doctrina el mensaje de que «Dios odia a los maricas», y de que América ha sido maldecida por Dios por su decadencia moral al permitir la homosexualidad, especialmente dentro del ejército. En su página web puede leerse que esas tres palabras —*god hates fags*— encierran un «profundo principio teológico»: «La certeza de que todos los sodomitas impenitentes [...] irán inevitablemente al infierno». Una de las formas más habituales de difundir su mensaje consiste en manifestarse en lugares públicos, particularmente con ocasión de la celebración de funerales de soldados muertos en combate. El 10 de marzo de 2006 se celebró en Maryland el funeral del soldado Mathew A. Snyder, al que acudieron a manifestarse los miembros de la Iglesia de Westboro, disponiendo sus pancartas en un terreno público a unos trescientos metros de la iglesia donde tenía lugar el acto. El contenido de tales pancartas, recitado también de viva voz por los manifestantes, era del siguiente tenor: «Dios odia a EEUU/Gracias a Dios por el 11 de septiembre», «América está maldita», «Tropas maricas», «Dios odia a los maricas», «Los maricas condenan a la nación», «Gracias a Dios por los soldados muertos», «El Papa al infierno», «Los curas violan niños», «Vas a ir al infierno» o «Dios te odia»⁹.

Las librerías «Europa» y «Kalki», de Barcelona, estaban regentadas por miembros de la asociación Círculo de Estudios Indoeuropeos, de autoproclamada ideología nacionalsocialista, que tiene entre sus objetivos «la lucha por la supervivencia y supremacía de la Raza Aria y por la victoria del Nacionalsocialismo en un Mundo Blanco unido y libre». En sus locales ofrecen a la venta libros, revistas y material audiovisual en los que se justifican los crímenes del régimen nazi, se hace apología de su ideología, se niega o minimiza la existencia del genocidio, se propugna el odio a los judíos o se reivindica la supremacía racial aria¹⁰.

César *Strawberry*, cantante de un grupo musical conocido por sus letras críticas y de carácter político, publicó en su cuenta de Twitter diversos mensajes del siguiente tenor: «El fascismo sin complejos de Aguirre me hace añorar hasta los GRAPO»; «A Ortega Lara habría que secuestrarle ahora»; «Street Fighter, edición post-ETA: Ortega Lara *versus* Eduardo Madina»; «Franco,

⁹ *Snyder v. Phelps*, Sentencia del TS estadounidense de 2 de marzo de 2011 [562 U.S. 443 (2011)].

¹⁰ STC 235/2007, de 7 de noviembre; y STS 259/2011, de 12 de abril.

Serrano Suñer, Arias Navarro, Fraga, Blas Piñar... Si no les das lo que a Carrero Blanco, la longevidad se pone siempre de su lado»; «Cuántos deberían seguir el vuelo de Carrero Blanco»; y «Ya casi es el cumpleaños del Rey. ¡Qué emoción!». Otro usuario le dice: «Ya tendrás el regalo preparado, no? Qué le vas a regalar?». A lo que el cantante contesta: «Un roscón-bomba»¹¹.

A primera hora de la mañana del día 21 de junio de 1990, R. A. V., menor de edad en el momento de los hechos, y otros adolescentes hicieron una cruz de madera ensamblando trozos de sillas rotas y la clavaron en el jardín delantero de la casa de una familia afroestadounidense, prendiéndole fuego¹².

Guillaume Faye es autor de un libro titulado *La colonización de Europa. Discurso verdadero sobre la inmigración y el islam*, publicado en Francia en el año 2000. En él se hacía un sombrío diagnóstico de la presencia de la inmigración musulmana en Europa, y particularmente en Francia. Denunciaba que la finalidad del islam era la «guerra étnica», la toma progresiva del poder político y la destrucción de las democracias occidentales, que serían sustituidas por repúblicas islámicas. Aseveraba que dicha guerra estaba teniendo lugar ya en muchos barrios periféricos de París, en los que la delincuencia sistemática de los inmigrantes africanos y magrebíes —orquestados en un afán de venganza, tal como evidenciarían las violaciones rituales de mujeres europeas— ha ido progresivamente expulsando a los franceses. Ante esa situación, el autor propugnaba una guerra étnica de «reconquista», finalizando el libro con un capítulo titulado «Exhortación a la juventud europea», en el que afirmaba la necesidad preparar entre ella una minoría activa de combate a la que habrían de «unirse otros combatientes»¹³.

Un usuario de la red social Twitter, con aproximadamente dos mil seguidores, publicó los siguientes mensajes en su cuenta: «53 asesinadas por violencia de género machista en lo que va de año, pocas me parecen con la de putas que hay sueltas»; «Y 2015 finalizará con 56 asesinadas, no es una buena marca pero se hizo lo que se pudo, a ver si en 2016 doblamos esa cifra, gracias»; «Ya tengo los explosivos preparados para esta noche liarla en Sol, Feliz Año, Alá es grande»; «Ahora solo falta un atentado en Madrid, unos cuantos españoles muertos y un 2015 de puta madre»; «Ya no se ven atentados como los del 11S, estos de la Yihad no valen, si van a masacrar a gente que lo hagan con estilo, vuelve Bin Laden»; «Beatriz era feminista y se tiró al río porque las mujeres se mojan por la igualdad»; «A mí me gusta follar contra la encimera y los fogones, porque pongo a la mujer en su sitio por parte doble»¹⁴.

¹¹ STS 4/2017, de 18 de enero.

¹² R. A. V. v. *City of Saint Paul*, Sentencia del TS estadounidense de 22 de junio de 1992 [505 U.S. 377 (1992)].

¹³ *Soulas y otros c. Francia*, STEDH de 10 de julio de 2008.

¹⁴ STS 72/2018, de 9 de febrero.

2. PARADOJAS DE LA DEMOCRACIA

¿Cómo debe reaccionar un Estado democrático ante tales conductas? ¿Debe permitir las, considerando prevalente el respeto a la libertad de expresión frente al fomento de otros derechos, valores o sentimientos colectivos? ¿O debe prohibirlas, limitando así la libertad de expresión ante discursos hostiles, discriminatorios o vejatorios para una parte de la población? Dentro de esta última opción, ¿debe además sancionarlos bajo pena, acudiendo al Derecho penal? Si es así, ¿cuáles serían los bienes jurídicos protegidos? ¿Cuál sería el daño social que legitimaría acudir al Derecho penal para castigar la manifestación de tales expresiones? ¿Cuál sería el criterio que permitiría establecer el umbral de relevancia penal?

La discusión sobre los límites de la libertad de expresión ante el discurso extremista, racista o antidemocrático trasciende el ámbito del Derecho penal, y del Derecho, para erigirse en una de las grandes cuestiones de la filosofía política. Autores de la talla de Rawls, Dworkin o, más recientemente, Waldron han intervenido en el debate. El primero de ellos, por ejemplo, ha sido rotundo en afirmar que «restringir o suprimir la libre expresión política, incluida la expresión subversiva, implica siempre una suspensión parcial de la democracia»; por ello, «la prioridad de la libertad implica que no puede restringirse la libre expresión política a menos que pueda argüirse razonablemente a partir de la específica naturaleza de la situación presente que existe una crisis constitucional en la que las instituciones democráticas no pueden operar efectivamente y no pueden funcionar sus procedimientos para resolver las emergencias»¹⁵.

Dworkin, por su parte, y en directa relación con el discurso del odio, sigue esa misma senda liberal contraria a la restricción de la libertad de expresión —salvo en casos extremos— cuando defiende «el principio de que el discurso que odiamos merece tanta protección como cualquier otro»¹⁶. «No debemos asumir —afirma— que una opinión pueda ser restringida cuando aquellos que están en el poder estén convencidos de que es falsa o que su publicación puede herir profunda y comprensiblemente a un determinado grupo social»¹⁷; «es fácil dejarse tentar —advierte— por la idea de que, al igual que todo otro derecho, la libertad de expresión ha de tener sus límites», y que «aquellos cuyas opiniones son demasiado amenazantes o contrarias al consenso moral o religioso han perdido su derecho a ejercitar» su libertad de expresión; «pero esa restricción destruiría el principio: dejaría espacio únicamente a la protección de ideas o gustos o

¹⁵ RAWLS, 1996: 103, y 2004: 392 s.

¹⁶ DWORKIN, 1996: 218.

¹⁷ *Ibid.*: 225.

prejuicios que aquellos en el poder aprueban o, en todo caso, no temen. Tenemos, ciertamente, la posibilidad de silenciar a aquellos que aborrecemos, pero el precio a pagar sería la legitimidad política, que es más importante que ellos»¹⁸.

En directa confrontación con las tesis de Dworkin, Waldron ha revitalizado con su último libro la discusión oponiendo a esa línea de absoluta prioridad de la *libertad* de expresión —propia del liberalismo político estadounidense— una mayor atención a la *dignidad* de quienes sufren los embates del discurso intolerante, admitiendo con ello que, dentro del esquema del liberalismo, el *daño social* que aquel genera puede legitimar la restricción de la libre expresión¹⁹.

No ha de extrañar que la filosofía política se haya ocupado del discurso del odio si se advierte que lo que late en el fondo de la discusión apuntada es el clásico dilema de la tolerancia hacia el intolerante al que debe enfrentarse toda sociedad democrática de raigambre liberal y pluralista²⁰. Ha podido afirmarse, a este respecto, que la cuestión relativa a si una sociedad abierta debería prohibir el discurso destinado a propagar la intolerancia es «quizá el interrogante más complejo sobre la libertad de expresión, porque una sociedad abierta está sostenida sobre el *ethos* de la tolerancia»²¹. Respondiendo a dicho interrogante, Bollinger ha sostenido que la libertad de expresión debe protegerse precisamente por cuanto la pluralidad de voces y discursos contribuye al fomento de la tolerancia en sociedad²². Es decir, que la tolerancia hacia el discurso intolerante reproduce la tolerancia inherente a una sociedad abierta, ilustrada y democrática. Sin embargo, Popper, el paladín de la «sociedad abierta», viene a considerar el discurso extremista uno de sus «enemigos», afirmando que si extendemos una tolerancia ilimitada incluso hacia quienes son intolerantes, si no estamos dispuestos a defender una sociedad tolerante frente a la embestida de los intolerantes, entonces el tolerante será destruido, y con él la tolerancia misma; es lo que denomina la *paradoja de la tolerancia*: la tolerancia ilimitada lleva ínsita la destrucción de la tolerancia.

3. DOS MODELOS ANTAGÓNICOS

Ambas posiciones enfrentadas responden, en última instancia, a dos modelos opuestos de organizar la sociedad y las relaciones Estado-individuo.

¹⁸ DWORKIN, 2009: ix.

¹⁹ WALDRON, 2012: *passim*.

²⁰ Véase, por ejemplo, RAWLS, 1995: 252 ss., quien aborda ampliamente la cuestión en el entendimiento de que «el problema de la tolerancia del intolerante está directamente unido al de la estabilidad de una sociedad bien ordenada» (p. 253). Véase también FOX/NOLTE, 1995: 14.

²¹ SMOLLA, 1992: 151.

²² BOLLINGER, 1986: 104 ss., desarrollando lo que denomina el «modelo de la fortaleza».

Los polos de esa divergencia pueden enunciarse a partir de diversos binomios. La clásica oposición entre libertad y dignidad —o entre libertad e igualdad— puede ser ilustrativa a tal efecto. También la más reciente fórmula de la «democracia militante», enfrentada a una democracia «tolerante», «neutra» o «sin atributos», encarnaría algunas claves del conflicto, dada la íntima relación existente entre el modelo de democracia y la libertad de expresión²³. Pero el esquema que quizá resulta más representativo de esas diferencias sea el basado en la comparación entre un «modelo estadounidense» y un «modelo continental» de democracia y, con ello, de reconocimiento de la libertad de expresión.

Si el énfasis en la democracia neutral o tolerante es el patrón que define, en esencia, la concepción mayoritaria de la libertad de expresión en Norteamérica —tanto en la academia como en el Tribunal Supremo—, puede afirmarse también, con semejante generalidad, que el modelo constitucional europeo responde al esquema de la «democracia intolerante»²⁴ o «militante»; esto es, una democracia en combate con los enemigos de la democracia y que priva de las garantías que ofrecen los derechos fundamentales a quienes se sirven de ellas para negarlas a los demás y, por ende, para subvertir el propio sistema democrático.

Dadas tales diferencias de partida, la discusión sobre el alcance de las restricciones a la libertad de expresión presentará perfiles muy diferentes en el modelo estadounidense y en el que genéricamente podemos denominar como modelo europeo. En realidad, puede decirse que el modelo estadounidense presenta diferencias con el resto del mundo²⁵, si bien he optado por ceñir el término de contraste a ese «modelo europeo» para circunscribirlo al entorno de influencia de la legislación y jurisprudencia españolas. Resulta interesante, por ello, exponer los términos de esa *excepción estadounidense*²⁶ porque, al mismo tiempo que ha influenciado de modo directo la doctrina sobre la libertad de expresión del TEDH y del TC —influencia que no es mutua—²⁷, constituye el polo más opuesto en el tratamiento del discurso del

²³ Como ha afirmado REVENGA SÁNCHEZ (2015: 15), «la libertad de expresión se encuentra en una relación tan simbiótica con la democracia constitucional que cualquier debate sobre su contenido o sobre la razón de ser [de] las limitaciones a la libertad de expresarse acaban por convertirse en una discusión sobre los fundamentos y la justificación de la democracia misma». Véase también TERUEL LOZANO (2018: 20), citando al anterior.

²⁴ FOX/NOLTE, 1995.

²⁵ Véase en este sentido HEINZE, 2009: 184, citando un trabajo de Kevin Boyle precisamente titulado «Hate Speech: The United States versus the Rest of the World»; WEINSTEIN, 2001: 146, 152.

²⁶ Esa excepcionalidad, reconocida con carácter general, es puesta de manifiesto, por ejemplo, por SCHAUER, 2005: 29 ss.; WEINSTEIN, 2009: 84, destacando que las restricciones al *hate speech* son aceptadas en todas las democracias del mundo excepto en Estados Unidos; o BAKER, 2009: 140-141, si bien introduciendo algunos (poco convincentes) matices a ese estado de cosas.

²⁷ Destaca GREENAWALT, 1996: 11, que los jueces estadounidenses se han mostrado absolutamente refractarios a la influencia de otros tribunales o legislaciones, nacionales o internacionales. Véase también SCHAUER, 2005: 43.

odio²⁸. A este respecto, y por acudir al binomio antes mencionado, podría afirmarse que para el estadounidense la piedra basal del sistema es la libertad de expresión, mientras que para el europeo lo es la dignidad de la persona²⁹. Ello implica que en el conflicto que el discurso del odio plantea entre ambos valores, el sistema estadounidense situará la prioridad en la libertad de expresión aunque pueda resultar vejatorio o denigratorio de la dignidad o el honor de determinadas personas o colectivos, mientras que en Europa el honor o dignidad de tales personas o colectivos puede configurarse legítimamente como un límite a la libertad de expresión³⁰.

No es afán de estas páginas, sin embargo, profundizar en el análisis de ambos modelos. Estando ante una aproximación tradicional en el estudio de la libertad de expresión, son muchos los trabajos en los que pueden encontrarse excelentes abordajes sobre las diferencias de la libertad de expresión en Europa y en Norteamérica³¹, por lo que resulta innecesario redundar aquí en esa tarea. En remisión a dichas obras, me podré permitir una exposición incompleta y parcial de tales modelos, con la exclusiva finalidad de extraer algunas claves explicativas de tales diferencias y de preparar el terreno para indagar acerca del fundamento filosófico-político de la libertad de expresión.

4. RETOS DE LA DIVERSIDAD CULTURAL

Otra de las piedras con que uno no tarda en tropezar en este camino es la del «multiculturalismo». En las sociedades actuales conviven diferentes comunidades con divergentes visiones del mundo, enfrentadas tradiciones culturales y religiosas y diferentes prácticas y costumbres. Los retos que plantea el discurso intolerante se acrecientan en estas sociedades multiculturales, en las que la coexistencia de diversas comunidades culturales multiplica las voces discordantes y el rechazo de quienes no comparten credo, etnia o tradiciones.

Al igual que la noción de democracia se acompaña de diversos calificativos, se plantean distintos modelos para lidiar con esa realidad³², que muy

²⁸ Afirma a este respecto REVENGA SÁNCHEZ, 2004: 34, que «uno de los contrastes más intrigantes entre la jurisprudencia norteamericana y la europea en materia de libertad de expresión es la que se produce en el ámbito del “discurso odioso”».

²⁹ Véanse KROTOSZYNSKI, 2004: 1577 y *passim*; CARMÍ, 2008: 277 ss. Sobre la oposición entre libertad y dignidad como pilares de ambos modelos, véase *infra* capítulo II, 4.4.

³⁰ En igual sentido se manifiesta FISS, 1995: 287, sobre la línea mayoritaria —representada por el Tribunal Supremo—: la primera enmienda va primero, incluso cuando ponga en riesgo valores como la igualdad.

³¹ Véanse entre otros RIVERA, 2009; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 2011; PRESNO LINERA/TERUEL LOZANO, 2017; VALIENTE MARTÍNEZ, 2020: 173 ss.

³² Véase por ejemplo WALZER, 1997: 14 ss., quien, a partir de distintas configuraciones históricas, ofrece hasta cinco modelos distintos de relación con la diversidad, cinco «regímenes de tolerancia».

sintéticamente pueden reconducirse a dos alternativas esenciales: o bien una política de asimilación o integración de las minorías culturales en el marco legal y cultural mayoritario; o bien una política de reconocimiento presidida por el respeto y la inclusión de sus tradiciones y estilos de vida³³. Junto a la ya citada paradoja de la tolerancia, desde esta óptica la libertad de expresión plantearía además una *paradoja del multiculturalismo*. Así, el mismo fundamento que apela al reconocimiento e inclusión por parte de la comunidad política en su conjunto hacia tradiciones culturales minoritarias, es el que justificaría el ejercicio de la libre expresión de grupos minoritarios extremistas, racistas o antisemitas³⁴. Por descontado, autores como Taylor o Kymlicka no tienen en mente el *Ku Klux Klan* o el Frente Nacional francés cuando hablan de «minorías culturales»; pero piénsese en una comunidad islámica que, en una sociedad occidental, públicamente divulga un mensaje sexista y de menosprecio hacia la mujer, o que, en ese tenor, patrocina el repudio social de toda mujer que muestre las piernas o lleve descubierta la cabeza. O, por introducir un ejemplo culturalmente más cercano, piénsese en una comunidad ultracatólica que, como elemento inherente a su identidad, promueve el infierno en la tierra para los homosexuales o las abortistas.

La paradoja del multiculturalismo no es sino una concreción de la paradoja de la tolerancia: el reconocimiento hacia las minorías culturales conlleva el respeto hacia (la manifestación pública de) sus estilos de vida, pero ¿implica ello, a su vez, que hayan de respetarse (manifestaciones sobre) estilos de vida que, al menos en parte, se caracterizan por el rechazo frontal y virulento a estilos de vida rivales?³⁵. De modo más genérico, el interrogante sería: ¿hasta dónde debe llegar la tolerancia, el respeto o el reconocimiento de las minorías culturales? Un autor liberal como Raz funda la defensa de un amplio margen de ejercicio de la libertad de expresión precisamente en el respeto a los estilos de vida de cada cual³⁶; argumento que, si del patrón individualista lo reconducimos hacia las tradiciones de un grupo cultural, coincidiría con el discurso del multiculturalismo. Sin embargo —y he ahí la paradoja—, la oposición más intensa al «liberalismo de la libertad de expresión» propio del Tribunal Supremo estadounidense surge de movimientos en la órbita del multiculturalismo como el feminismo, el comunitarismo o el *critical race theory*, apelando a la necesidad de que las minorías culturales sean protegidas frente a las agresiones que a su dignidad e identidad comunitaria infligen los discursos del odio³⁷.

³³ La noción de política de reconocimiento remite a TAYLOR, 2003: 43 ss.

³⁴ Ello es lo que Ayelet Schahar denomina como «paradoja de la vulnerabilidad multicultural». Citado por TORBISCO, 2001: 303.

³⁵ RAZ, 2001: 178.

³⁶ Véase nuevamente RAZ, 2001: 167 ss., 177 ss.

³⁷ Véase MASSARO, 1991: 237, destacando la «alianza» de tales voces frente a la liberal-individualista, mayoritaria en la academia estadounidense.

Pero el discurso del odio no plantea únicamente retos teóricos. Las inquietudes del multiculturalismo son reflejo de una realidad innegable en las actuales sociedades desarrolladas, como es la multiculturalidad, la convivencia de distintas razas, credos y tradiciones³⁸. Los inevitables conflictos que pueden surgir entre ellas se ven agravados en la actualidad por la afluencia masiva de inmigración en Europa, lo que genera el caldo de cultivo idóneo para el surgimiento de reacciones sociales de oposición y rechazo, canalizadas a través de grupos y partidos políticos de extrema derecha que, con la consigna populista de la xenofobia y el rechazo a la inmigración de ciudadanos extracomunitarios, retroalimentan la fractura social. La defensa de los valores democráticos contra esos «enemigos íntimos de la democracia»³⁹, la protección de las minorías frente a la discriminación y la hostilidad, la prevención de las consecuencias lesivas que puedan derivarse de tal conflicto y, en última instancia, la paz social, son cometidos irrenunciables en una democracia, incluso por los medios del Derecho penal.

5. USO Y ABUSO DEL DISCURSO DEL ODIOS

La cuestión es, no obstante, si la restricción de la libre expresión frente al discurso del odio constituye un vehículo no solo útil a tal fin, sino además legítimo. Si hubiera que sintetizar en un enunciado el objeto de estas páginas, podría formularse con los siguientes interrogantes: primero, ¿constituye el discurso del odio un límite a la libertad de expresión?; segundo, ¿debe sancionarse penalmente el discurso del odio? Para intentar dar respuesta a tales cuestiones, nos moveremos entre el Derecho constitucional y el penal, entre parámetros de constitucionalidad y de oportunidad político-criminal.

Como paso previo a ese análisis será preciso concretar de qué hablamos cuando hablamos de «discurso del odio». Dentro de esa denominación genérica se engloban conductas de distinta índole y gravedad, desde la provocación directa a conductas violentas a insultos denigratorios a colectivos sociales, pasando por la incitación a la discriminación, el fomento de sentimientos de rechazo o la mera diseminación de estereotipos negativos. Por ello, para delimitar su contenido —y el objeto del presente trabajo— resulta obligado concretar qué deba entenderse por dicha figura, qué conductas expresivas deben quedar incluidas bajo su ámbito de sentido.

Esa labor no se presenta sencilla, siquiera porque en no pocas ocasiones ese término, de carácter no técnico y con una enorme dosis de indetermina-

³⁸ La doble vertiente descriptiva («multiculturalidad») y prescriptiva («multiculturalismo») que aparece reflejada en el texto puede encontrarse explicitada, por ejemplo, en DE LUCAS, 2001: 62-65, 69-70. Sobre el multiculturalismo y sus implicaciones para la libertad de expresión, véase *infra* capítulo III, 5.

³⁹ Así califica TODOROV, 2012: 145, a los partidos de extrema derecha populista.

ción —que «casa mejor con la gramática periodística y política que con la jurídica»⁴⁰, viene siendo utilizado como categoría jurídica, empleándose como criterio de delimitación de lo jurídicamente permitido o, al menos, de lo protegido por el derecho fundamental.

Así lo asume, por de pronto, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que se ha servido del discurso del odio como criterio de delimitación negativa de la libertad de expresión, y al mismo tiempo para justificar el castigo de la conducta expresiva. En diversas sentencias se afirma con rotundidad que «el “discurso del odio” no está protegido por la libertad de expresión ideológica»⁴¹; utilizándose una suerte de «test del discurso del odio» para justificar la sanción penal⁴². Idéntica línea se mantiene en la reciente STS 135/2020, de 7 de mayo, en la que, nuevamente, se confirma una condena impuesta a Pablo Rivadulla (conocido como *Pablo Hasel*) por delito de enaltecimiento del terrorismo, injurias a la Corona e injurias a las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado. La sentencia, modélica como ejemplo de los excesos represivos frente a la libertad de expresión, sienta como presupuesto de su análisis que «el discurso del odio no es libertad de expresión». En lo que ahora pretendo poner de manifiesto, es particularmente significativo que también el voto particular emitido por dos magistrados asuma esa premisa, incluso con más claridad:

«El discurso del odio opera como criterio de delimitación negativa del derecho fundamental a la libertad de expresión, y legitima la incriminación penal, en cuanto se presume su lesividad para bienes jurídicos esenciales, y el funcionamiento mismo del sistema democrático».

Semejante presupuesto acoge el TEDH cuando afirma que «no puede haber duda de que expresiones concretas que constituyan “discurso del odio”, que puedan ser insultantes para personas o grupos, no están amparadas por el art. 10 del Convenio»⁴³. De igual modo, en el *Manual sobre Discurso del Odio* publicado por el Consejo de Europa se establece con rotundidad que «el concepto de “discurso del odio” permite trazar una línea divisoria entre aquellas expresiones excluidas por el art. 10 del CEDH y no están ampara-

⁴⁰ REY MARTÍNEZ, 2015: 53.

⁴¹ STS 106/2015, de 19 de febrero, por la que se confirma la condena por delito de enaltecimiento del terrorismo de Pablo Rivadulla (*alias* Pablo Hasel); STS 623/2016, de 13 de julio, que confirma la condena por delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo impuesta a María Lluch Sancho (*alias* «Madame Guillotine»).

⁴² En parecidos términos —aunque refiriéndose a la doctrina del Tribunal Constitucional— habla ROLLNERT LIERN, 2017: 258, de un «test del discurso del odio» que sustituiría al test de proporcionalidad. Véase, por ejemplo, STS 948/2016, de 15 de diciembre: «Las frases publicadas en Facebook por el acusado [...] contienen una manifestación del discurso del odio al propiciar y alentar una incitación o provocación, aunque sea indirecta, a la violencia terrorista, generando de esta forma una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades».

⁴³ STEDH de 4 de diciembre de 2003, *Gündüz c. Turquía*.

das por la libertad de expresión [...] y aquellas que, al no ser consideradas como “discurso del odio”, pueden en consecuencia ser toleradas en una sociedad democrática»⁴⁴. Y no faltan voces en la doctrina que suscriben esa premisa: se afirma, así, que «el discurso que genera odio y discriminación no puede estar amparado por los derechos constitucionales de libertad de expresión o de conciencia»⁴⁵.

Conviene exponer desde este momento el discrepante punto de partida de estas páginas: a mi modo de ver, debe rechazarse el uso de la noción de «discurso de odio» como criterio jurídico de delimitación. Con su utilización se generan dos perniciosos efectos. De una parte, la compleja discusión acerca de los límites del legítimo ejercicio del derecho a la libre expresión tiende en ocasiones a abordarse desde planteamientos meramente nominalistas; la carga disvaliosa inherente a tal noción es, así, empleada a modo de golpe en la mesa para zanjar la discusión y declarar la ilicitud de todo aquello que previamente se haya calificado como discurso de odio. De otra parte, la propia vaguedad e indeterminación del término permite extender discrecionalmente tal carga disvaliosa y, con ello, excluir del ámbito de lo protegido por el derecho fundamental a toda conducta expresiva que pueda resultar ofensiva o de cuyos valores se discrepe, convirtiendo en exponentes del denostado «discurso de odio» expresiones que, incluso pudiendo considerarse rechazables por otras razones, responden a fenómenos muy distintos de lo que con esa noción pretende denotarse⁴⁶. Como ha podido afirmarse, «la tendencia a desnaturalizar el discurso del odio como elemento neutralizador de argumentos de mejor derecho para mantener esferas de libertad y derechos fundamentales tiene un potencial expansivo enorme y creciente»⁴⁷.

Quizá el ejemplo más extremo —y, por ello, más evidente— del referido abuso de la noción del discurso de odio es la STC 177/2015, de 22 de julio, en la que, a partir de una llamativa pírueta conceptual, la quema de las fotos del rey en el seno de una manifestación antimonárquica deja de plantearse como atentado al honor o reputación de la institución para terminar por convertir al monarca en víctima del «discurso de odio».

La Audiencia Nacional había condenado a los recurrentes como autores de un delito de injurias a la Corona del art. 490.3 CP, por hechos consistentes en quemar, previa colocación boca abajo, una fotografía de los reyes, con ocasión de una manifestación celebrada en el curso de una visita del monarca a Cataluña, precedida por una pancarta que decía «300 años de Borbones, 300 años combatiendo la ocupación española». Sin embargo —y como reprocharán los votos particulares—, en el enjuiciamiento realizado

⁴⁴ WEBER, 2009: 4.

⁴⁵ DE VICENTE MARTÍNEZ, 2018: 49, citando en igual sentido a la Fiscalía General del Estado.

⁴⁶ Sobre las consideraciones expuestas, puede verse ALCÁCER GUIRAO, 2016: 1 ss.

⁴⁷ LANDA GOROSTIZA, 2018: 103, nota 197.

por el Tribunal Constitucional acerca de si la condena vulneraba el derecho a la libre expresión y a la libertad ideológica, se abandona el esquema de valoración inherente al atentado a la dignidad u honor de la Corona, que lógicamente había presidido los pronunciamientos dictados por los tribunales de la jurisdicción ordinaria, y se opta por catalogar las conductas realizadas por los recurrentes como manifestación del «discurso de odio» y abordar el conflicto entre derechos desde esa perspectiva. Para el Tribunal, se trata entonces de «dilucidar si los hechos acaecidos son expresión de una opción política legítima, que pudieran estimular el debate tendente a transformar el sistema político, o si, por contrario, persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia».

La caracterización de la quema de la foto del monarca como parte del discurso del odio se sostiene en el entendimiento de que «las manifestaciones más toscas del denominado “discurso del odio” son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero 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».

Condición que, a juicio del voto mayoritario, indudablemente concurre en el supuesto de hecho: «Quemar públicamente el retrato de los Monarcas es un acto no solo ofensivo sino también incitador al odio, en la medida en que la cremación de su imagen física expresa, de un modo difícilmente superable, que son merecedores de exclusión y odio». La condena impuesta «se anuda, exclusivamente, al tratamiento de incitación al odio y a la exclusión de un sector de la población mediante el acto de que fueron objeto los retratos oficiales de los Reyes».

Tan evidente como la implausibilidad de los argumentos plasmados en dicha sentencia es la finalidad que realmente se perseguía con ellos⁴⁸. Al amparo de dicho etiquetado, el voto mayoritario aspiraba a esquivar los obstáculos que para la desestimación de la demanda le imponía el pronunciamiento dictado por el Tribunal de Estrasburgo en el asunto *Otegi Mondragón c. España* (STEDH de 15 de marzo de 2011) —que había declarado contraria a la libertad de expresión la condena impuesta al político vasco por delito de injurias a la Corona— y a acogerse, en cambio, a la *ratio* restrictiva de la expresión política en el ámbito del discurso de odio acogida por el TEDH y singularmente plasmada en el asunto *Féret c. Bélgica* (STEDH de 16 de julio de 2009), si bien a costa de equiparar los miembros de la Casa Real —un

⁴⁸ Como critica URÍAS (2017: 48), «sutilmente, se va transformando la doctrina con el objetivo de prohibir no solo la profusión de expresiones potencialmente aptas para causar un daño sino también la defensa pública de determinados modos de pensar».

«sector de la población» ciertamente escaso en número— y los inmigrantes irregulares como grupos vulnerables a la hostilidad de los intolerantes.

No es afán de este apartado profundizar en la crítica a dicha polémica sentencia, sino únicamente destacar el referido *uso* y *abuso* de la noción. Para tal fin, será ilustrativa la controversia plasmada en los votos particulares. Por lo que respecta a su *uso*, los magistrados discrepantes toman como punto de partida, siguiendo el consenso generalizado, que el discurso de odio no merece la tutela de la Constitución. Así, el magistrado Xiol Ríos parte en su exposición crítica de que «el discurso de odio, en cualquiera de sus manifestaciones, incluyendo su expresión a través del lenguaje simbólico, supone una legítima restricción del derecho a la libertad de expresión». De igual modo, en el emitido por la magistrada Adela Asua Batarrita, al que se adhiere el magistrado Fernando Valdés Dal-Ré, se destaca que «otro límite generalmente aceptado remite al “discurso del odio”», que «expulsa el “discurso del odio” del campo de protección de los derechos de la libertad», aseverando a continuación que «el llamado “discurso del odio”, es un exponente histórico del reverso de la democracia, o del peligro de su quiebra», razón por la que «el repudio del discurso del odio pasa a ser admitido en la jurisprudencia europea como un inexcusable límite a la tutela del ejercicio de aquel derecho».

Desde esa premisa, critican con dureza el *abuso* del término en que incurre el voto mayoritario. Se objeta, así, que la sentencia «desfigura el concepto de “discurso de odio” y distorsiona peligrosamente su alcance» (Asua); o que «banaliza el discurso de odio y su significación como restricción legítima de la libertad de expresión» (Xiol). Y se reprocha especialmente que esa tergiversación persiga el aludido fin espurio: «Calificar la quema del retrato real como una expresión del “discurso de odio”, como se hace en la actual Sentencia, no puede considerarse sino un ejercicio errático en la búsqueda de una cobertura jurídica que se antoja imposible, tratando de justificar de cualquier manera la desestimación del presente recurso de amparo. Equiparar bajo el mismo concepto el discurso antimonárquico [...] 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» (Asua).

La utilización de la noción por parte de los magistrados del Tribunal Constitucional es sumamente ilustrativa de los riesgos que conlleva adoptar dicho concepto como criterio jurídico, ya para delimitar el contenido protegido de la libertad de expresión, ya para fijar el marco de relevancia penal: de una parte, el uso retórico de un «concepto emotivo»⁴⁹ enmascara una

⁴⁹ ARTICLE 19, 2015: 9.

pretensión prescriptiva —y restrictiva de un derecho fundamental— tras un término de índole descriptiva; de otra parte, la propia vaguedad, indeterminación y amplitud de la noción de «discurso de odio» es aprovechada para extender esa aspiración restrictiva a un amplísimo marco de conductas expresivas —con la consiguiente hipertrofia en la fijación del límite al derecho fundamental—⁵⁰.

Esa indeterminación y amplitud del término es inherente al fenómeno social que intenta definir —dada la multiplicidad de manifestaciones que su ejercicio puede adoptar y el cambiante abanico de destinatarios del odio según la configuración social de cada comunidad política—, y está presente en los textos internacionales que han venido regulándolo⁵¹. No pretendo con estas páginas introductorias proporcionar una noción acabada de «discurso de odio»; antes al contrario, la propuesta sería más bien prescindir de ese concepto en la discusión jurídica, dada su ambigüedad y la mostrada facilidad con que es tergiversado para justificar restricciones a la libre expresión. No obstante, su arraigado uso aconseja mantenerlo como elemento de análisis. Por ello, a fin de delimitar los términos genéricos de la discusión, será bueno adoptar una definición estipulativa del fenómeno. En aras a desgarnar sus diferentes elementos conceptuales, me serviré de diversos referentes legales y doctrinales.

A esos efectos, una referencia habitual en el debate es la ofrecida por la Recomendación 97 (20) del Comité de Ministros del Consejo de Europa⁵²:

«cualquier forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, la discriminación y la hostilidad contra las minorías y los inmigrantes».

Más amplia es la descripción que acoge la Recomendación núm. 15 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), publicada el 21 de marzo de 2016, relativa a la lucha contra el discurso del odio:

«el discurso de odio debe entenderse como fomento, promoción o instigación, en cualquiera de sus formas, del odio, la humillación o el menosprecio de una

⁵⁰ Como el mismo Tribunal Supremo reconoce (STS 4/2017, de 18 de enero), «la necesidad de ponderar en nuestro análisis los límites a la libertad de expresión y de hacerlo a partir de la equívoca locución —discurso del odio— con la que pretende justificarse la punición, no hacen sino añadir obstáculos a la labor interpretativa». De esa sentencia, que revocó la absolución dictada por el órgano *a quo* en el asunto *César Strawberry*, resulta muy llamativo que argumentos jurídicos correctos —sobre todo el relativo a que la libertad de expresión no deba convertirse en único criterio para determinar la relevancia penal de la conducta— puedan llevar a tan incorrectas decisiones. Crítico a ese respecto, ROLLNERT LIERN, 2017: 264.

⁵¹ ARTICLE 19, 2015: 9: destaca que no existe una definición universalmente aceptada del discurso del odio en el Derecho internacional. En sentido semejante, WEBER, 2009: 3; POST, 2012: 32.

⁵² Por ejemplo, de esa definición se sirve Anne Weber, en su *Manual sobre Discurso del Odio* publicado por el Consejo de Europa (WEBER, 2009: 3).

persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones por razones de "raza", color, ascendencia, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, lengua, religión o creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o condición personales»⁵³.

Semejante es la descripción manejada por Sumner: «Cualquier forma de expresión cuyo propósito dominante radica en insultar o denigrar a miembros de un grupo social identificado por características como raza, etnia religión u orientación sexual, o de generar enemistad u hostilidad hacia ellos»⁵⁴. Desde un mayor afán analítico, también puede ser útil la definición que proporciona Bhikhu Parekh⁵⁵: «El discurso del odio expresa, alienta, promueve o incita a la hostilidad contra un grupo de individuos identificado por determinadas características particulares tales como raza, etnia, género, nacionalidad u orientación sexual». A partir de esa definición genérica, Parekh distingue tres características esenciales: la primera es que el discurso del odio «se dirige contra una persona específica o fácilmente identificable o, más comúnmente, contra un grupo sobre la base de una característica arbitraria y normativamente irrelevante»; la segunda es que «el discurso del odio estigmatiza al grupo diana adscribiéndole implícita o explícitamente atributos desvalorados o rechazados socialmente»; y la tercera es que «debido a la atribución de esos rasgos negativos, el grupo diana es percibido como una presencia indeseada y como destinatario de una legítima hostilidad». Advierte también este autor, como ulterior característica definitoria, que el discurso del odio es a menudo expresado en un lenguaje ofensivo, abusivo o insultante, pero que el mensaje de hostilidad puede ser también canalizado a través de un lenguaje sutil o moderado, a través de propuestas, imágenes o bromas⁵⁶.

Con lo expuesto hasta ahora podemos esbozar el elemento nuclear del concepto. Tal como explícitamente se recoge en las Recomendaciones, y como asumen los citados autores, la característica esencial del discurso de odio radica en la manifestación pública de rechazo, desprecio o discriminación hacia determinadas personas o grupos sociales en atención a las características que identifican y distinguen a sus miembros, pero únicamente cuando tales grupos sociales hayan venido siendo objeto históricamente de

⁵³ Dicho sea entre paréntesis, la mera comparación entre ambos textos es indicativa de la inflación conceptual que ha venido sufriendo el término en los últimos años, y de los consiguientes riesgos que conlleva utilizarlo como criterio para la restricción punitiva de la libre expresión: si en 1997 se asociaba con la incitación o promoción de conductas discriminatorias u hostiles, en 2016 se extiende a la mera difusión de estereotipos negativos.

⁵⁴ SUMNER, 2009: 207-208.

⁵⁵ PAREKH, 2012: 40-41.

⁵⁶ En sentido semejante, WEBER, 2009: 5, destacando que el discurso del odio puede enmascarse en mensajes que a primera vista puedan aparecer como «racionales o normales».

marginación social o exista, en todo caso, un contexto social previo de marginación⁵⁷.

Es ese citado componente discriminatorio, característico de los colectivos destinatarios de la hostilidad, lo que a mi entender permite distinguir el «discurso del odio» de otras conductas expresivas de rechazo, oprobio o denigración contra personas o colectivos, y es lo que motiva —justificadamente o no— la restricción de la libre expresión pública presente en los textos internacionales y en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Así lo ha expresado con claridad el citado Tribunal en un pronunciamiento reciente, y así lo entiende también —como ulterior ejemplo— la organización no gubernamental especializada en libertad expresión ARTICLE 19. Comenzando por esta última referencia, en su informe de 2015 titulado «*Hate Speech Explained. A Toolkit*», intentando encontrar un concepto de mínimos a partir de la noción de «odio», se concluye que el discurso del odio no ha de equipararse con la expresión de un sentimiento de rechazo o desprecio, sino que el mensaje debe tener un componente discriminatorio, en tanto en cuanto debe estar dirigido contra personas o grupos identificados por determinadas «características protegidas» por el Derecho internacional. Más allá de esa definición de mínimos, se concluye en el citado informe que otros elementos potencialmente definitorios del fenómeno —tales como el grado de relevancia del contexto, si debe exigirse un daño efectivo o debe constituir en una incitación a la producción de daños, si debe acreditarse una reacción en el auditorio o el grado de inminencia del efecto lesivo— no gozan del suficiente grado de consenso como para incorporarse a la definición.

Semejante es la concepción del TEDH, plasmada en su reciente sentencia de 28 de agosto de 2018, asunto *Savva Terentyev c. Rusia*. El demandante había sido condenado por un tribunal penal a una pena de un año de prisión —suspendida— por la publicación en internet de diversos comentarios ofensivos contra la policía, llegando a proponer que en las plazas públicas de las ciudades rusas se colocaran hornos crematorios, «como en Auschwitz», a fin de quemar cada día a un miembro de la policía. El Tribunal de Estrasburgo declara vulnerado el derecho a la libre expresión porque, aun cuando las expresiones vertidas fueran muy agresivas y pudieran resultar ofensivas para un segmento de la población, y particularmente para los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, el contexto en que se realizaron no permite concluir que incitaran a la violencia. En particular —y por lo que interesa a la presente argumentación— destaca que puede resultar legítimo restringir

⁵⁷ Así lo asume también, por ejemplo, VALIENTE MARTÍNEZ, 2020: 51, incorporando el «riesgo de discriminación» como elemento inherente al concepto. Sirviéndonos de los modelos en que suelen conceptuarse los *hate crimes*, el discurso del odio —como categoría específica dentro de aquellos (LANDA GOROSTIZA, 2018: 45 ss.; FUENTES OSORIO, 2017: 2 s.)— no se incardinaría bajo el *animus model*, sino bajo el *discriminatory selection model* (sobre ambos modelos, véanse, p. ej., FUENTES OSORIO, 2017: 4 ss.; CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, 2019: 61 ss.)

bajo pena el derecho recogido en el art. 10.2 CEDH, pero ello será acorde al Convenio únicamente en supuestos excepcionales, tales como el discurso del odio o la incitación a la violencia (§ 83). Y difícilmente puede la Policía ser descrita como «una minoría desprotegida o que sufra prejuicios socialmente enraizados, hostilidad o discriminación, o bien que resulte vulnerable por alguna otra razón, y precise por ello, en principio, de una protección reforzada frente a ataques cometidos a través del insulto o la difamación» (§ 76)⁵⁸.

Muy semejante es, por lo demás, la argumentación seguida por el TEDH para rechazar que el caso de la quema de las fotos del rey constituya un supuesto de discurso de odio: en *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, STEDH de 13 de marzo de 2018, el Tribunal rechaza que puedan serle aplicables a ese supuesto los estándares de valoración adoptados por el Tribunal de Estrasburgo para casos como *Féret*, entendiendo que «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».

A los fines de concretar el objeto de análisis, y habiendo rechazado el uso del término como criterio de delimitación con relevancia jurídica, adoptaré esa noción de mínimos: por discurso de odio entenderé toda expresión de hostilidad contra personas o grupos identificados por determinadas características protegidas, por motivos discriminatorios, y dirigido a una audiencia más o menos amplia e indeterminada.

Esa aproximación conceptual de mínimos permite excluir muchos «falsos positivos» del ámbito del discurso del odio, pero no despeja todas las dudas. Así, por ejemplo, una cuestión que entiendo pertinente es si, desde el *telos* antidiscriminatorio que preside el art. 510 CP —al menos, así creo que debe ser interpretado—, deben caer bajo el marco conceptual del discurso del odio —y, lo que es más importante, bajo el ámbito de aplicación del citado artículo— determinados colectivos sociales que, aunque puedan identificarse en torno a características «protegidas», gozan de una posición social hegemónica. ¿Debe incardinarse bajo tal precepto la incitación a la discriminación de los «blancos» —etnia—, contra los «varones» —sexo—, contra los «heterosexuales» —género— o contra los «españoles»

⁵⁸ Añade el Tribunal en dicha sentencia que, «al formar parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad estatal, la Policía está sometida a deberes especiales de tolerancia frente el discurso ofensivo, salvo en los casos en que el discurso sea idóneo para generar actos ilícitos inminentes contra sus miembros y les exponga a un riesgo real de violencia física» (§ 77). Tal concepción del Tribunal Europeo arroja serias dudas de constitucionalidad sobre el art. 504.2 (injurias al Ejército y a las fuerzas y cuerpos de seguridad); y también, a mi juicio, sobre los arts. 490.3 CP (injurias a los miembros de la Casa Real) y 496 (injurias a las Cortes Generales).

—nacionalidad—? ¿Debe castigarse con el art. 510 la difamación contra los católicos?⁵⁹.

Más allá del citado interrogante, existen figuras típicas afines sobre las que cabe plantear su inclusión bajo la noción del «discurso del odio». Un supuesto cercano al discurso del odio podría ser el delito de escarnio hacia los sentimientos religiosos (art. 525 CP). Como características comunes, nos hallamos también ante la sanción de actos comunicativos de hostilidad o rechazo que son sentidos e interpretados como ofensas por determinados grupos sociales identificados en torno a credos y tradiciones comunes. La diferencia esencial estaría en que en el delito de escarnio no concurre el elemento discriminatorio, lo que, desde la concepción aquí mantenida, permitiría desvincularlo del discurso del odio. Sin perjuicio de ello, es indudable que existirán relevantes puntos de contacto —traducidos penalmente en problemas concursales— cuando el escarnio se proyecte sobre grupos religiosos minoritarios o marginados; casos en los que será difícil distinguir si el objeto del rechazo son las creencias o los creyentes⁶⁰.

También puede plantearse la duda sobre si el delito de enaltecimiento del terrorismo y —sobre todo— la modalidad típica de humillación a las víctimas del terrorismo (art. 578 CP) constituyen una forma de discurso de odio. A diferencia de la anterior, en este caso la duda no se proyecta sobre la tipicidad de la conducta⁶¹, pero no deja de tener relevancia si, como venimos mostrando, el «discurso del odio» se concibe como un límite categorial a la libertad de expresión.

La jurisprudencia sobre el delito de enaltecimiento del terrorismo ha asumido esa postura, considerando que bajo el discurso del odio quedan también integrados los supuestos de alabanza o justificación de los actos terroristas (SSTS 106/2015, de 19 de febrero; 623/2016, de 13 de julio). También parece asumirlo el Tribunal Constitucional, que en la STC 112/2016, de 20 de junio, ha incurrido en el citado uso y abuso del término. Así, en dicha resolución —en la que por vez primera el Tribunal Constitucional se ha ocupado, por vía de amparo, de la constitucionalidad del art. 578 CP— se presupone sin matiz alguno que el «discurso del odio» debe ser sancionado bajo pena porque conlleva «aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades»; y, a fin de incluir el enaltecimiento del terrorismo bajo tal rúbrica —y legitimar, con ello, la sanción penal—

⁵⁹ Sobre ello me he pronunciado en ALCÁCER GUIRAO, 2019: 23 ss. Al respecto, véase también *infra* capítulo IV, 3.3.3.

⁶⁰ De esa cuestión me he ocupado con un poco más de detalle en ALCÁCER GUIRAO, 2019: 18 ss.

⁶¹ Sí tendrá relevancia de cara a la interpretación que haya de hacerse del art. 578 CP. Véase CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, 2019: 105 s.

se estira su ámbito de sentido a toda «expresión de odio basado en la intolerancia»⁶².

Estamos, indudablemente, ante un supuesto discutible, en la medida en que las víctimas del terrorismo —a diferencia de la familia real— pueden ser consideradas un colectivo social claramente identificado y merecedor de la protección estatal⁶³. Así, relevantes voces doctrinales se han inclinado por esa línea, considerando que el art. 578 CP se halla más cerca del discurso del odio que del «discurso terrorista»⁶⁴; otros lo han considerado como una modalidad del «discurso del odio terrorista»⁶⁵. Sin embargo, el informe sobre *hate speech* de ARTICLE 19 excluye el enaltecimiento o justificación del terrorismo del ámbito conceptual del discurso del odio⁶⁶.

Ciertamente, la devaluación de la libertad de expresión acontecida en los últimos años, con la represión de cómicos, tuiteros, raperos o titiriteros, ha tenido como instrumento predilecto el art. 578 CP. Por tal razón, los argumentos que a continuación se expongan en favor de un mayor espacio de acción para la libertad de expresión, así como las críticas a los excesos represivos del discurso público, serán directamente trasladables a dicho precepto y a la jurisprudencia que tan desproporcionadamente ha venido aplicándolo. No obstante, la finalidad del trabajo no aspira a abordar todas las manifestaciones posibles de lo que pueda calificarse como discurso del odio, ni entrar por ello a dilucidar qué conductas expresivas —o qué tipos penales— deben caer bajo el marco de sentido de tal noción. Con esta introducción conceptual lo único que pretendía era perfilar el concepto de discurso de odio del que partiré en estas páginas —centrado en el componente discriminatorio—, así como denunciar el uso y abuso en que se ha venido incurriendo, empleándolo como límite categorial de la libertad de expresión y forzando su significado para, con ese efecto excluyente, justificar la sanción de mensajes contrarios a las convicciones morales y políticas dominantes.

Frente a esa identificación del «discurso de odio» con lo jurídicamente desaprobado o, en todo caso, desprotegido por el derecho fundamental, uno de los presupuestos de que partiré —y que ahora dejo solo enunciado— es que, desde el fundamento del derecho a la libre expresión, la regla habrá

⁶² Siquiera de modo tácito, el Tribunal Constitucional habría corroborado la inclusión del art. 578 CP bajo el ámbito conceptual del discurso del odio en la reciente STC 35/2020, de 25 de febrero (asunto *César Strawberry*), al dedicar un apartado de su argumentación —bien es cierto con que amplía cita de la STC 112/2016— al discurso del odio en la revisión de una condena por enaltecimiento del terrorismo.

⁶³ Si bien no necesariamente de la protección penal —al menos no con la amplitud con la que se viene aplicando el art. 578 CP—, pero no entraremos en ello aquí.

⁶⁴ CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, 2019: 237 ss.

⁶⁵ GALÁN MUÑOZ, citado *apud* CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, 2019: 28.

⁶⁶ 2015: 34 s. Véase no obstante CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, 2019: 100, destacando que los estándares internacionales incluyen dichas conductas expresivas del discurso del odio.

de ser que las conductas expresivas que suelen integrarse bajo dicha noción forman parte *prima facie* del contenido del derecho fundamental, por lo que, en consecuencia, su exclusión —y, en su caso, desaprobación jurídica— debiera ser excepcional y, desde luego, condicionada a una muy cuidadosa labor de ponderación. En definitiva, no todo lo que pueda calificarse como discurso del odio debe ser excluido de la libertad de expresión ni, menos aún, debe considerarse merecedor de sanción penal.

ANEXOS

1. GLOSARIO DE TÉRMINOS.

-Mirò Llinares, F. (2012). El cibercrimen. Fenomenologia y criminologia de la delincuencia en el ciberespacio. Madrid, España. Editorial Marcial Pons, pp. 299-309.

FERNANDO MIRÓ LLINARES

EL CIBERCRIMEN
Fenomenología y criminología
de la delincuencia en el ciberespacio

Prólogo de
Marcus Felson

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2012

La colección *Derecho penal y Criminología* publica aquellos trabajos que han superado una evaluación anónima realizada por especialistas en la materia, con arreglo a los estándares usuales en la comunidad académica internacional.

Los autores interesados en publicar en esta colección deberán enviar sus manuscritos en documento *Word* a la dirección de correo electrónico manuscritos@derechopenalycriminologia.es. Los datos personales del autor deben ser aportados en documento aparte y el manuscrito no debe contener ninguna referencia, directa o indirecta, que permita identificar al autor.

Puede encontrarse más información sobre la colección en la página web www.derechopenalycriminologia.es.

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Fernando Miró Llinares

© MARCIAL PONS

EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ (91) 304 33 03

www.marcialpons.es

ISBN: 978-84-15664-18-5

Depósito legal: M. 40.395-2012

Diseño de la cubierta: ene estudio gráfico

Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.

Impresión: ELECÉ, INDUSTRIA GRÁFICA, S. L.

Polígono El Nogal - Río Tiétar, 24 - 28110 Algete (Madrid)

MADRID, 2012

GLOSARIO

- Adware:** Se trata de programas autoejecutables que, generalmente sin conocimiento ni consentimiento del usuario, muestran publicidad en el ordenador al instalarse o al interactuar con determinadas webs, y que pueden servir para espiar sus hábitos en Internet .
- Anonymous:** Grupo *hacker* abierto e indefinido, conformado por *hackers* entre los que hay desde expertos a meros iniciados, a los que unen convicciones ideológicas antisistema, en general, y en particular contrarias a las restricciones legales en Internet, que venían realizando actividades *hacker* en general y ataques DDoS en particular contra distintos Estados y organizaciones empresariales, pero que saltó a la palestra a finales de 2010 en relación con el fenómeno Wikileaks.
- Antisocial networks:** Comportamiento consistente en la manipulación de redes sociales o de grupos de ellas con finalidad de utilizarlas posteriormente para el fraude o para cualquier otro tipo de ciberdelito.
- Antispam:** Herramienta informática que se encarga de detectar y eliminar el *spam* y los correos no deseados.
- Antispyware:** Aplicación que se encarga de buscar, detectar y eliminar espías en el sistema.
- Antivirus:** Programa que analiza un sistema informático, en busca de *software* malicioso.
- Archivo lmhost:** Es un archivo de texto local que asigna direcciones IP a nombres de NetBIOS de servidores remotos con los que se comunica a través del protocolo TCP/IP.
- ARP spoofing:** En el que se falsean las denominadas tablas ARP de una víctima para llevar a su sistema MAC a que envíe los paquetes al *host* atacante en vez de a su destino.
- Auction Fraud:** Fraude cometido en las subastas, consistente en la tergiversación de un producto o su no entrega conforme a lo pactado en los sistemas de subasta *online* tipo eBay.
- Backdoor:** Se trata de un programa que se introduce en el ordenador y establece una puerta trasera a través de la cual es posible controlar el sistema afectado sin conocimiento por parte del usuario.

- Blog:** Abreviatura de *weblog*. El término fue acuñado por Jorn Barger en 1997. Aunque en la actualidad se confunde con el uso de las webs, pretende ser una publicación de un diario *online*, donde los textos aparecen del más reciente al más antiguo.
- Bot:** Tipo de virus que permite el acceso remoto del sistema informático a través de la Red.
- Botnet:** Conjunto de redes de ordenadores comprometidos (*bots*) y controlados por el mensajero.
- Carnivore:** Es un sistema computacional diseñado para permitir al FBI en colaboración con un proveedor de Internet (ISP) que se haga valer una orden judicial que exige la recolección de cierta información en relación con el correo electrónico u otros tipos de comunicaciones electrónicas de un usuario específico que es objeto de investigación.
- Cartas nigerianas:** Correo electrónico enviado por el estafador con la intención de engañar al usuario tratando de interesar a la víctima con un potencial beneficio patrimonial o ganarse su confianza para que sea él quien finalmente realice el acto de disposición patrimonial que le perjudica.
- Certificados SSL:** Archivo electrónico que usa el protocolo *Secure Sockets Layer* que identifica de forma exclusiva a individuos y sitios web en Internet y permite establecer comunicaciones confidenciales y seguras.
- Chat:** Conversación escrita, virtual y en tiempo real, que tiene lugar en el ciberespacio.
- Chat room:** Habitación independiente en el ciberespacio, en la que se puede hablar con otros usuarios conectados al mismo canal.
- Childgrooming:** Consiste en contactar con menores por medio de las redes sociales o de otras formas de comunicación como salas de chat, canales de *messenger* o similares, para acercarse a ellos e intentar posteriormente un contacto sexual.
- Ciberacoso:** O acoso en el ciberespacio, estaría conformado por el uso de las TIC para atentar de forma continuada, con amenazas, insultos, actos de persecución, etc., contra la dignidad de una persona.
- Ciberagresor:** Sujeto que utiliza las TIC para realizar un crimen, generalmente mediante el ataque a otra u otras personas.
- Ciberataques de contenido:** Todos aquellos ciberataques en los que el centro de la infracción lo constituye el contenido que se comunica o se transmite a través de las redes telemáticas, particularmente de Internet.
- Ciberataques puros:** Todos aquellos ataques en el ciberespacio que no tienen correspondencia en el espacio físico al consistir en un concreto uso de las TIC previamente no existente fuera de Internet.

Ciberataques réplica: Aquellos ciberataques en los que el ciberespacio es el nuevo medio desde el que realizar delitos que tienen su correspondencia en el espacio físico.

Ciberblanqueo de capitales: Cuando se utiliza el ciberespacio y sus diferentes servicios para el lavado de dinero y activos procedentes de actividades ilegales, generalmente de mafias organizadas.

Cibercafé: Lugares públicos dónde conectarse a Internet a cambio de una cantidad económica variable según el tiempo.

Cibercrimen: Cualquier delito llevado a cabo en el ciberespacio, con las particularidades criminológicas, victimológicas y de riesgo penal que de ello se derivan.

Cibercrimen económico: Todo cibercrimen o ciberataque realizado con el propósito final de obtener un lucro económico con el consiguiente perjuicio de uno o varios usuarios. Son cibercrímenes económicos tanto aquellos ciberataques en los que la conducta termina en un fraude, como otros que no son más que un acto preparatorio de los ciberataques defraudatorios finales.

Cibercrimen político: Dícese de la utilización, por sujetos individuales, instituciones, grupos, incluso Estados, de Internet como forma de difusión de un determinado mensaje político o como forma de ataque a un Estado o a concretas instituciones no gubernamentales.

Cibercrimen social: Grupo de delitos en Internet que tienen que ver con las relaciones sociales entre las personas y que no son más que la trasposición al ciberespacio de los crímenes tradicionales derivados de conflictos entre personas.

Ciberespacio: Término que indica el lugar de intercomunicación social transnacional, universal, popularizado y en permanente evolución derivado del uso de las TIC.

Ciberextorsión: Consiste en la solicitud de importantes cantidades económicas a cambio de cesar en la realización de algún tipo de ciberataque o incluso de empezar a ejecutarlo.

Ciberfraudes: Fraude en el que las redes telemáticas se convierten en el instrumento mediante el cual lograr un beneficio patrimonial derivado de un perjuicio patrimonial a una víctima.

Ciberguerra: Actos de guerra entre Estados o contra Estados que tienen lugar en el ciberespacio.

Ciberhactivismo: Conjunto de ataques llevados a cabo por *hackers* informáticos pero no con una finalidad maliciosa de defraudar a las víctimas, de robarles información para traficar con ella o de causar daños para perjudicarles económicamente, sino con la intención de lanzar un men-

saje ideológico, de lucha política y defensa de ideas generalmente relacionadas con la libertad en Internet, aunque teniendo cabida cualesquiera otras convicciones ideológicas.

Cibermula: Dícese del colaborador o recolector de los beneficios en Internet que luego envía el dinero, por medios seguros de transmisión, a los autores del delito.

Ciberpiratería intelectual: Forma de explotación ilícita de obras protegidas por derechos de propiedad intelectual utilizando Internet.

Ciberterrorismo: Conjunto de actividades realizadas en el ciberespacio por una organización terrorista para difundir sus mensajes, obtener financiación, facilitar la acción de sus bases o directamente para realizar ciberataques terroristas contra objetivos concretos.

Cibervíctima: Persona que sufre los efectos de un ciberdelito.

Cloaked websites: Aquellos sitios web que aparentan ser de ONG u otras organizaciones preocupadas por problemas sociales de cualquier tipo o que simulan ser lugares de transmisión de información, y que ocultan una ideología racista que va apareciendo poco a poco en forma de mensajes web.

Cookies: Archivos que almacenan información del usuario en su propio sistema y que sirven para que los sitios web identifiquen al visitante.

Cortafuegos: Sistema diseñado para impedir el acceso no autorizado a una red privada.

Crack: Programa que provoca una rotura de un sistema, sea de *hardware* o de *software*.

Cracker: *Hackers* que utilizan el acceso informático para robar información relevante, defraudar o causar algún otro tipo de daño.

Creativecommons: Proyecto de licencias libres nacido en Estados Unidos en 2002 que proporciona a los autores un rango flexible de protección y libertad.

Cybergrooming: Ciberacoso sexual a menores.

Cyberbullying: Ciberacoso escolar o a menores, esto es, variante del ciberacoso en la que un menor, atormenta, amenaza, hostiga, humilla, o molesta de alguna otra manera a otro, haciendo uso de Internet, teléfono móvil, videoconsola o alguna otra tecnología telemática de comunicación.

Cyberhate speech: Difusión de mensajes de odio racial en el ciberespacio.

Cyberstalking: Ciberacoso continuado a una persona, consistente en el seguimiento, hostigamiento y persecución de la víctima por medio del uso de Internet. También se define como *cyberstalking*, en un sentido más amplio, la utilización de Internet para realizar uno o más actos de ame-

- nazas, insultos, uso indebido de la imagen, solicitud sexual o cualquier otra forma de hostigamiento a una persona.
- Cyberwarfare:** Forma de definir los ataques planeados por naciones o sus agentes contra sistemas informáticos, terminales y demás con la intención de causar daños en el enemigo.
- Dark Web:** Sistema de vigilancia creado para rastrear y analizar el contenido publicado en la Red que pueda estar vinculado con terroristas.
- Data breaches:** Cualquier forma de destrucción, modificación o acceso a datos de empresas o de particulares
- Data mining (minería de datos):** Técnica por la que se busca toda la información relativa a una persona, incluso aquella aparentemente menos trascendente, tratando de enlazarla y relacionarla posteriormente para poder configurar un retrato lo más certero posible de la persona contra la que se va a realizar el fraude o similar.
- Denial of Service (DoS):** Denegación de Servicio. Ciberataque consistente en saturar el servidor del sistema logrando que el mismo se centre en la petición que realiza el atacante sin que pueda atender a ninguna más.
- Distributed Denial of Service (DDoS):** Ataque de Denegación de Servicio Distribuido. Se trata de una denegación de servicios realizada, simultáneamente, desde varios sistemas informáticos bien por diversos usuarios a la vez o bien, generalmente, por medio del control de botnets.
- DNS (DomainName Server):** Servidor de Nombres de Dominio.
- DNS spoofing:** En el que lo que se modifica es el nombre de dominio-IP de un servidor DNS, aprovechando alguna vulnerabilidad.
- eBay:** Es el mayor centro de compra y venta en Internet: un lugar en el que se reúnen compradores y vendedores para intercambiar cualquier mercancía. El vendedor opta por aceptar sólo pujas por el artículo (un anuncio de subasta) u ofrecer la opción de precio fijo que permite a los compradores adquirir el artículo de inmediato.
- Echelon:** Sistema de vigilancia creado en los años setenta que controla las comunicaciones (correo electrónico, fax, comunicaciones vía satélite...) que tenía como fin la lucha contra el terrorismo internacional y el tráfico de drogas y que sirvió para el desarrollo de Internet.
- Enfopol:** Versión Europea de Echelon.
- Facebook:** Red social creada en 2004 por Mark Zuckerberg que cuenta en 2012 con más de un billón de usuarios.
- Firewall:** Cortafuegos.
- Foro:** Modalidad de sitio web o de parte del mismo en el que se permite y fomenta la discusión de un tema a distancia y de forma diferida en el tiempo.

Game hackers: *Hackers* que en los años ochenta desarrollaron aplicaciones de *software* para juegos.

Gusano: Programa que realiza copias de sí mismo, alojándolas en diferentes ubicaciones del ordenador con el fin de colapsar los ordenadores y las redes informáticas, impidiendo así el trabajo a los usuarios.

Hacker: Experto informático (y apasionado por Internet y las nuevas tecnologías) que busca superar barreras por el mero hecho de su existencia sin entrar en el campo de lo delictivo, en ocasiones incluso usando sus conocimientos para la mejora de la seguridad de las redes y los sistemas (también denominados *samuráis*). También se utiliza el término para referirse al sujeto que accede de forma ilícita al sistema informático ajeno.

Hackers clandestinos: Concepto casi idéntico al de *cracker* que englobaría los *hackers* que se dedican tanto a la intromisión informática, a la realización de ataques DoS, a la creación de webs para el fraude, al diseño de virus, a la infección de *bots*, al envío de *spam*, y todo ello con finalidad económica (generalmente) o bien política, y que actúan de forma individualizada o formando parte de un grupo que tanto puede ser una banda organizada tradicional que opera ahora en el ciberespacio, como una ciberbanda de *hackers* que unen sus esfuerzos para un fin criminal común.

Hacking: Cualquier conducta por la cual un sujeto accede a un sistema o equipo informático sin autorización del titular del mismo, de una forma tal que tiene capacidad potencial de utilizarlo o de acceder a cualquier tipo de información que esté en el sistema.

Hacking blanco (White hat hacking): Tipo de *hacking* consistente simplemente en acceder al sistema o a sus datos e información, pero sin ningún propósito de sabotaje o utilización posterior de la información.

Hacking negro (Black hat hacking): *Hacking* realizado con ánimo destructivo o ilícito.

Hactivismo: Difusión de mensajes de protesta en Internet generalmente dirigidos contra organismos o Estados en relación con la voluntad de mantener libre de normas el ciberespacio

Hardware: Conjunto de los componentes que integran la parte material de una computadora.

Hardware hackers: En los setenta desarrollaron algunos de los equipos y tecnologías más importantes.

Hosting: Servicio que consiste en proveer un espacio para alojar una página web.

Https: Protocolo creado por Netscape Communications Corporation para designar documentos que llegan desde un servidor web seguro. Esta seguridad es dada por el protocolo SSL (*Secure Socket Layer*).

Identity theft: Robo o fraude de identidad en el que se suplanta la personalidad de un usuario con ánimo defraudatorio.

Information Warriors: Obtienen información y la transmiten al grupo organizado del que forman parte o bien la transmiten a otros a cambio de dinero; y también los meros ladrones, que utilizan burdos engaños o técnicas más sofisticadas para hacerse con la información bancaria que después les permite acceder al dinero por medio de la banca *online*.

Internet: Red informática mundial, descentralizada, formada por la conexión directa entre computadoras mediante un protocolo especial de comunicación.

Insiders: Cibercriminal que pertenece o trabaja para la institución o empresa víctima de la infracción.

IP spoofing: Mediante la utilización de programas específicamente destinados a ello, se sustituye la dirección IP original por otra.

Java: Lenguaje de programación que permite ejecutar programas escritos en un lenguaje muy parecido al C++. La ejecución del programa es completamente realizada en el equipo del cliente en lugar de en el servidor.

Keylogger: Tipo de *hardware* o *software*, que se dedica a registrar las pulsaciones que se realizan en el teclado con la finalidad de memorizarlas y posteriormente enviarlas al sujeto que las utilizará para acceder a la información o al patrimonio de la víctima.

Keystroke loggers: Virus que capturan información de los sistemas informáticos.

Mail spoofing: Suplantación de la dirección de correo electrónico de otras personas o entidades.

Malware: *Software* malicioso destinado a dañar, controlar o modificar un sistema informático.

Man-in-the-middle/phishing: Técnica de *phishing* en la que el atacante es capaz de controlar y registrar las transacciones e información sensible del usuario, interponiendo un *proxy* entre el cliente y el servidor web.

Market-based cybercrimes: Cibercrímenes caracterizados por generar nuevos valores económicos más que por redistribuir los existentes, y que consisten en la realización de servicios que son actividades criminales, tales como la venta de *software* malicioso, la venta de drogas *online* o la venta de información referida a tarjetas de crédito.

Meatspace: Término utilizado para referirse al espacio físico frente al ciberespacio.

Megaupload: Servicio dedicado al alojamiento de archivos y que era utilizado para la descarga directa de obras protegidas por parte de los usuarios. Fue cerrado por el FBI en 2012.

- Messenger:** Programa de mensajería instantánea.
- MMS:** Multimedia Messaging Service. Servicio de Mensajería multimedia.
- MySpace3:** Red social, que en 2012 contaba con más de 30 millones de visitantes.
- Nativos digitales:** Término acuñado para referirse a la generación nacida con la implantación total de Internet.
- Netiquette:** Reglas del buen uso de Internet que servirán para que quien acceda a ese nuevo ámbito de comunicación social comprenda sus usos básicos, su funcionamiento aceptado por la sociedad que lo conforma.
- Nick:** Abreviatura de *nickname*. Apodo que utiliza un usuario para identificarse y comunicarse en la Red.
- Online grooming:** Acercamiento sexual a menores con el propósito de realizar posteriormente un contacto o abuso sexual.
- Online hate speech:** Otro término para referirse a la difusión de mensajes de odio racial en el ciberespacio.
- Open source:** Código libre. *Software* de distribución libre, de código abierto que puede ser modificado y estudiado.
- Packetsniffer:** Sistema que captura todo el tráfico que viaja de una determinada forma o con unas determinadas características por la Red.
- Parche:** Modificación hecha a los archivos originales de un sistema operativo o de una aplicación de *software*, ya sean por el autor o por un tercero, para corregir, actualizar o mejorar el original.
- PayPal:** Servicio que permite enviar dinero por Internet a cualquier persona que disponga de un correo electrónico.
- Pharming:** Táctica fraudulenta que consiste en cambiar los contenidos del DNS ya sea a través de la configuración del protocolo TCP/IP o del archivo *lmhost* para que el usuario, cuando teclea la dirección web de su entidad bancaria en su navegador entre, en realidad, a una web falsa muy parecida o igual a la original en la que acaba desvelando sus datos bancarios.
- Phishing:** Mecanismo criminal que emplea tanto ingeniería social como subterfugios técnicos para robar los datos de identidad personales de los consumidores y los de sus tarjetas de crédito o cuentas bancarias.
- Phishing tradicional:** Tipo de *phishing* en el que se utiliza la imagen corporativa de una entidad bancaria o de una institución, para solicitar a la víctima por medio de correo electrónico que envíe a una dirección de correo que simula ser de tal entidad los datos bancarios requeridos.
- Phreakers:** *Hackers* que manipulan las líneas telefónicas, para conseguir, entre otras cosas, el uso gratuito de las telecomunicaciones.

- Predatory cybercrimes:** Aquellos actos ilegales en el ciberespacio en los que el cibercriminal intencionadamente daña la propiedad o la persona de alguien, entre los que incluye el robo de dinero de la cuenta bancaria o la infracción de la propiedad intelectual.
- Protocolo FTP:** Protocolo de transferencia de ficheros.
- Protocolo IP:** Protocolo de Internet. Es un protocolo para el envío y recepción de datos a través de una red de paquetes conmutados.
- Protocolo IRC:** Internet Relay Chat. Protocolo de comunicación en tiempo real.
- Protocolo P2P:** Peer-to-peer, protocolo que permite el intercambio directo de información, de igual a igual.
- Protocolo TCP/IP:** Protocolo de control de transmisión/Protocolo de Internet. Es el protocolo básico de comunicación en Internet.
- Proxy:** Es un servidor que sirve de intermediario entre un cliente y otro servidor.
- Redes sociales:** Web que permite la relación de personas en el ciberespacio.
- Rootkits:** Virus que esconde el software malicioso o permite el control del sistema.
- Scam:** Concepto que podría englobar a casi todos los fraudes en el ciberespacio, si bien se suele utilizar como referencia de los más burdos de ellos, aquellos en los que el engaño es poco elaborado y en los que el error de la víctima puede ir más allá de lo común.
- Screenloggers:** Programas diseñados para monitorizar las entradas en pantalla.
- Scriptkiddies:** Jóvenes que, no siendo expertos *hackers* capaces de acceder a sistemas mediante programaciones propias, realizan sus ataques informáticos, generalmente eligiendo las víctimas al azar, aprovechando programas y *scripts* básicos y causando daños en muchos casos, más fruto de su impericia o de la dañiosidad del *malware* utilizado, que de sus habilidades.
- Sessionhijackers:** Secuestro de sesiones lo que permite el acceso a los archivos del equipo o a los servicios del sistema.
- Sexting:** Tipo de *online grooming*. Consiste en la realización, por parte de menores, de fotografías propias de desnudos completos o de partes desnudas y su envío, generalmente por medio del teléfono móvil, a otros, junto con textos obscenos y con la finalidad de conocer personas o de enviar mensajes de amor o de odio.
- Skimming:** Obtención de información relativa a tarjetas de crédito bien mediante engaño o gracias a la utilización de técnicas de clonado o de fotografía o de grabación de la actividad de una tarjeta de crédito con la

intención de usar tales datos para el posterior fraude; bien por medio de micro cámaras, de dispositivos incorporados a la ranura de los cajeros automáticos que clonan la banda magnética, o de engaños más burdos realizados en conjunción con camareros o vendedores cómplices que pasan la tarjeta al sujeto que las clona cuando el cliente no lo ve.

Skype: Programa que permite la comunicación de texto, audio y vídeo a través de Internet.

Smartphones: Teléfono móvil diseñado para permitir al usuario la instalación de aplicaciones y el acceso a Internet.

SMS (Short Message): Service. Mensajes cortos de texto.

Sniffer: Programas de captura de tramas de información que no están destinadas a él o persona que rastrea y captura información por la Red por medio de los denominados «*packet sniffers*».

Snooping: Acceso no autorizado a datos de otros.

Software: Conjunto de programas, instrucciones y reglas informáticas para ejecutar ciertas tareas en una computadora.

Spam: *E-mail* no solicitado que suele enviarse a un numeroso número de direcciones electrónicas bien a través de una dirección electrónica de las ofrecidas por los servicios de correo gratuitos estilo Hotmail, o bien desde un sistema informático infectado, convertido en *botnet* y utilizado por el *spammer* que adquiere las direcciones de correo *hackeando* sistemas informáticos o utilizando *spyware* u otros sistemas de búsqueda de direcciones electrónicas a través de la Red.

Spammer: *Hacker* encargado de realizar envíos masivos de correo no deseado.

Spear phishing: Modalidad de *phishing* que en lugar de dirigirse a objetivos indiscriminados busca clientes de entidades bancarias u otro tipo de organizaciones concretas.

Spoofing: Persona que suplanta la identidad de otro usuario de la Red.

Spoofing: Suplantación de identidad.

Spyware: Virus que capturan información de los sistemas informáticos o software que se instala en un sistema informático y que recopila determinada información de éste que después envía a otro sistema.

Stalking: Acoso continuado a una persona con permanentes solicitudes de contacto que son continuamente rechazadas por la víctima.

Streaming: Reproducción de audio y vídeo a través de la Red, puede ser en directo o en diferido.

TIC: Tecnologías de la Información y la Comunicación.

Top manta: Distribución física de copias ilegales.

- Troyanos:** Programas maliciosos que mediante ventanas emergentes recogen claves o utilizan cualquier otra técnica que permite perfeccionar el engaño haciendo creer a la víctima que está fuera de peligro.
- True hackers:** Aficionados pioneros de la informática en los primeros días de la aparición de esta tecnología en los años sesenta.
- Twitter:** Red social que permite a sus usuarios a enviar y recibir mensajes de hasta 140 caracteres, conocidos como *tweets*. Fue creada en 2006 por Jack Dorsey que actualmente cuenta con más de 500 millones de usuarios.
- URL (Uniform Resource Locator):** Dirección única que identifica una página en Internet.
- Virucker:** Término utilizado en castellano y dentro de la «jerga» de los propios *hackers* para referirse a aquellos que programan *malware* malicioso y realizan con él ataques a sistemas informáticos.
- Vishing:** Práctica consistente en la utilización de mensajes de telefonía basada en voz sobre IP para conseguir de la víctima información personal, financiera o cualquier otro tipo de datos confidenciales.
- VoIP (VoiceOver Internet Protocol):** Significa «voz sobre un Protocolo de Internet».
- Web 2.0:** Término asociado a aplicaciones web centradas en el usuario, del tal modo que le permiten compartir información, interactuar y colaborar con otros internautas creando una comunidad virtual, a diferencia de la web estática en la que los usuarios se limitan a ser receptores de los contenidos creados para ellos.
- Web spoofing:** A través de un enlace u otras formas de engaño, se hace pasar una página web, imitada y albergada en otro servidor, por la real, por medio de un código que solicita la información requerida por el sistema víctima a cada servidor original y remite a la web falsa.
- Whaling:** Modalidad de *phishing* en la que se ataca a los empleados de alto nivel de grandes empresas o gobiernos.
- Whatsapp:** Sistema de mensajería instantánea para los teléfonos móviles de última generación.
- Wikileaks:** Web creada en 2006 para la revelación de información secreta o confidencial de interés público.
- Wifi:** Tecnología de comunicación inalámbrica.
- XSS (Cross-site scripting):** Técnica de *phishing* consistente en introducir código o URL falsas en una web real de este modo la mayor parte del contenido web es original, sin embargo una parte, la referida a la información sensible, está construida para obtener los datos objetivo sin que el usuario pueda detectar anomalías.

2. LEYES Y PROYECTOS DE LEY.

- Ley N^a 31280:** Ley de reforma constitucional que establece el régimen de residencia temporal del expresidente de la república.
- Ley N^a 31288:** Ley que tipifica las conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional y establece medidas para el adecuado ejercicio de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República.
- Dictamen recaido en el Proyecto de Ley 6623/2020-CR,** en virtud del cual se propone la modificación de los artículos 473, 476-A y 481-A del Código Procesal Penal, a fin de fortalecer el proceso especial por colaboración eficaz.

PODER LEGISLATIVO**CONGRESO DE LA REPUBLICA****LEY Nº 31280**

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL QUE ESTABLECE EL RÉGIMEN DE RESIDENCIA TEMPORAL DEL EXPRESIDENTE DE LA REPÚBLICA**Artículo único. Modificación del artículo 112 de la Constitución Política del Perú**

Modifícase el artículo 112 de la Constitución Política del Perú, en los siguientes términos:

"**Artículo 112.** El mandato presidencial es de cinco años, no hay reelección inmediata. Transcurrido otro periodo constitucional, como mínimo, el expresidente puede volver a postular, sujeto a las mismas condiciones.

Culminado el mandato presidencial, el expresidente de la República, o quien hubiese ocupado el cargo, permanece dentro del territorio nacional por el periodo mínimo de un año, salvo autorización de salida aprobada por el Congreso de la República, con más de la mitad del número legal de sus miembros, considerando las razones objetivas que hubiesen motivado la solicitud".

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los catorce días del mes de julio de dos mil veintiuno.

MIRTHA ESTHER VÁSQUEZ CHUQUILIN
Presidenta a. i. del Congreso de la RepúblicaLUIS ANDRÉS ROEL ALVA
Segundo Vicepresidente del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los quince días del mes de julio del año dos mil veintiuno.

FRANCISCO RAFAEL SAGASTI HOCHHAUSLER
Presidente de la RepúblicaVIOLETA BERMÚDEZ VALDIVIA
Presidenta del Consejo de Ministros

1973480-1

LEY Nº 31281

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 144 DEL DECRETO LEGISLATIVO 767, LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL, RESPECTO DE LOS VOTOS CONFORMES REQUERIDOS EN LAS SALAS SUPERIORES PARA EMITIR RESOLUCIÓN EN MATERIA LABORAL O DE SEGURIDAD SOCIAL**Artículo único. Modificación del artículo 144 del Decreto Legislativo 767, Ley Orgánica del Poder Judicial**

Modifícase el artículo 144 del Decreto Legislativo 767, Ley Orgánica del Poder Judicial, en los siguientes términos:

"Artículo 144. Resoluciones. Votos

En las Salas de la Corte Suprema, cuatro votos conformes hacen resolución. En las Salas Superiores tres votos conformes hacen resolución, tratándose de las que ponen fin a la instancia, y en los demás casos bastan dos votos conformes. En las Salas Superiores Penales, Laborales o las que resuelvan materias laborales o de seguridad social, se requiere de dos votos conformes para formar resolución. Salvo las excepciones que señala la Ley.

DIARIO OFICIAL DEL BICENTENARIO

El Peruano**REQUISITOS PARA PUBLICACIÓN DE NORMAS LEGALES Y SENTENCIAS**

Se comunica a las entidades que conforman el Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Organismos Constitucionales Autónomos, Organismos Públicos, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, que para efectos de la publicación de sus disposiciones en general (normas legales, reglamentos jurídicos o administrativos, resoluciones administrativas, actos de administración, actos administrativos, etc) con o sin anexos, deberán ser remitidos al correo electrónico normaslegales@editoraperu.com.pe.

GERENCIA DE PUBLICACIONES OFICIALES



PODER LEGISLATIVO

CONGRESO DE LA REPUBLICA

LEY Nº 31288

LA PRESIDENTA A. I. DEL CONGRESO
DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

**LEY QUE TIPIFICA LAS CONDUCTAS
INFRACTORAS EN MATERIA DE
RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA FUNCIONAL
Y ESTABLECE MEDIDAS PARA EL ADECUADO
EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE
LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**

Artículo 1. Objeto de la Ley

La presente ley tiene por objeto tipificar las conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional y establecer medidas para el adecuado ejercicio de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República.

Artículo 2. Modificación de la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República

Modifícanse los artículos 11, 45, 46, 47, 48, 51, 56, 57, 58, 59 y una definición básica de la novena disposición final de la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, conforme al siguiente texto:

"Artículo 11.- Responsabilidades y sanciones derivadas del proceso de control

Para la determinación de responsabilidades derivadas de la acción de control, deberá brindarse a las personas comprendidas en el procedimiento, la oportunidad de conocer y hacer sus comentarios o aclaraciones sobre los fundamentos correspondientes que se hayan considerado, salvo en los casos justificados señalados en las normas reglamentarias.

Cuando se identifique responsabilidad administrativa funcional, la Contraloría General adoptará las acciones para la determinación de responsabilidad y la imposición de la respectiva sanción, conforme a las atribuciones establecidas en la presente ley. Por otro lado, de identificarse responsabilidades de tipo civil o penal, las autoridades competentes, de acuerdo a ley, iniciarán ante el fuero respectivo aquellas acciones de orden legal que correspondan a dichas responsabilidades. En el caso de responsabilidades de naturaleza penal, el jefe del órgano de auditoría interna comunicará sobre las responsabilidades simultáneamente al procurador público para que este último accione cuando el titular de la entidad no haya cumplido con actuar inmediatamente de tomado conocimiento de dichas irregularidades. No se puede identificar responsabilidad cuando esta ha prescrito conforme a los plazos establecidos en las normas correspondientes.

La potestad sancionadora de la Contraloría General en materia de responsabilidad administrativa funcional prevalece frente a otras potestades sancionadoras administrativas, con las cuales articula para el deslinde de responsabilidades, de acuerdo a lo establecido en el reglamento de la presente ley.

Las entidades están obligadas a implementar las acciones a consecuencia de las sanciones por

responsabilidad administrativa funcional impuestas por la Contraloría General o el Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas, en un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad de su titular. El retraso o demora de la referida implementación no impide la eficacia de la sanción, pues esta es de cumplimiento obligatorio y efectividad inmediata, desde que queda firme o causa estado.

Artículo 45.- Potestad sancionadora

La Contraloría General ejerce la potestad para sancionar por cuanto determina la responsabilidad administrativa funcional e impone una sanción, teniendo como referencia los hechos contenidos en los informes que hubieran emitido los órganos del Sistema, como resultado de un servicio de control posterior, en que se identifica dicha responsabilidad y atribuye la comisión de infracción sujeta a la referida potestad sancionadora, calificación que será evaluada y, de corresponder, confirmada.
[...]

Artículo 46.- Conductas infractoras

Los funcionarios o servidores públicos incurrir en infracción en materia de responsabilidad administrativa funcional, sujeta a la potestad sancionadora de la Contraloría General, por:

1. Autorizar o ejecutar operaciones o gastos no autorizados por ley o por la normativa aplicable a la materia, ocasionando perjuicio al Estado. Esta infracción es considerada como grave. Si el perjuicio es económico o se ha generado grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave.
2. Autorizar o ejecutar el otorgamiento de encargos o fondos fijos, o ejecutarlos, incumpliendo las disposiciones que los regulan, ocasionando perjuicio al Estado. Esta infracción es considerada como grave. Si el perjuicio es económico o se ha generado grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave.
3. Autorizar o ejecutar o influir de cualquier forma para la transferencia o uso irregular, en beneficio propio o de tercero, del patrimonio y recursos de la entidad o que están a disposición de esta, infringiendo las normas específicas que lo regulen, ocasionando perjuicio al Estado. Esta infracción es considerada como grave. La misma sanción corresponde a aquel que, infringiendo sus deberes, permita que un tercero realice las acciones antes descritas. Si el perjuicio es económico o se ha generado grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave.
4. Usar los bienes o recursos públicos incumpliendo las normas que regulan su ejecución o uso, o influir de cualquier forma para su utilización irregular, ocasionando perjuicio al Estado. Esta infracción es considerada como grave. Si el perjuicio es económico o se ha generado grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave. No está comprendido en esta infracción el uso de los vehículos motorizados asignados al servicio personal por razón del cargo.
5. Usar o disfrutar irregularmente los bienes o recursos públicos, para fines distintos a los que se encuentran legalmente previstos. Esta infracción es considerada como grave. Si el perjuicio es económico o se ha generado grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave. No está comprendido en esta infracción el uso de los vehículos motorizados asignados al servicio personal por razón del cargo.
6. El incumplimiento funcional, en situaciones de emergencia declaradas conforme a ley, que dé lugar a la falta de prestación de algún servicio o a la no entrega de un bien, subsidio monetario o prestación económica, por parte del Estado, o que, la prestación o entrega no sea oportuna; cuando éstas sean parte de las medidas

- establecidas para afrontar la referida emergencia. Esta infracción es considerada muy grave.
7. Actuar sin diligencia debida en la ejecución del gasto público, generando la total o parcial paralización o suspensión de los servicios, obras u operaciones que brinda o que se encuentran a cargo de la entidad, ocasionando perjuicio al Estado. Esta infracción es considerada como grave. Si el perjuicio es económico o se ha generado grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave.
 8. Incumplir, de manera intencional con la rendición de encargos, fondos fijos o caja chica o cualquier otra asignación de recursos públicos recibidos para fines específicos, ocasionando perjuicio al Estado. No está comprendida en esta infracción la omisión en la rendición de viáticos. Esta infracción es considerada como muy grave.
 9. Actuar en forma parcializada en los contratos, licitaciones, concurso de precios, subastas, licencias, autorizaciones o cualquier otra operación o procedimiento en que participe con ocasión de su función, dando lugar a un beneficio, propio o de tercero, ocasionando perjuicio al Estado. Esta infracción es considerada como muy grave.
 10. Contratar bienes, servicios u obras sin procedimiento de selección, cuando la normativa prevea su obligatoria realización, o incurrir en la prohibición de fraccionamiento prevista en la normativa de contrataciones del Estado, ocasionando perjuicio al Estado. Esta infracción es considerada como grave. Si se da la apariencia de la realización de un procedimiento de selección, se realiza de manera fraudulenta o se ha generado perjuicio económico o grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave.
 11. Incumplir las disposiciones que regulan las causales y procedimientos para las contrataciones directas, exoneraciones o supuestos similares en que no se realiza procedimiento de selección, de bienes, servicios y/o ejecución de obras, ocasionando perjuicio al Estado. Esta infracción es considerada como grave. Si el perjuicio es económico o se ha generado grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave.
 12. Autorizar o ejecutar la contratación de personas impedidas o inhabilitadas para contratar con el Estado, en adquisiciones de bienes, servicios u obras, o influir en dicha contratación, ocasionando perjuicio al Estado. Esta infracción es considerada como grave. Si el perjuicio es económico o se ha generado grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave.
 13. Incumplir las disposiciones normativas que regulan y permiten determinar, elaborar, aprobar, modificar o ejecutar, el valor referencial, valor estimado, planes, estipulaciones, bases, términos de referencia, especificaciones técnicas, expedientes de contratación, condiciones relacionadas a procedimientos de selección, contratos y adendas en las contrataciones de bienes, servicios u obras, con perjuicio efectivo al Estado. Esta infracción es considerada como grave. Si el perjuicio es económico o se ha generado grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave.
 14. Incumplir las disposiciones que regulan la elaboración, aprobación, modificación o ejecución de los planes, estipulaciones, bases, términos de referencia, especificaciones técnicas, condiciones contractuales o adendas relacionadas a licencias, subastas, concesiones o cualquier otra operación o procedimiento, ocasionando perjuicio al Estado. Esta infracción es considerada como grave. Si el perjuicio es económico o se ha generado grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave.
 15. Incumplir las disposiciones que regulan la elaboración, aprobación, modificación o ejecución de la programación de inversiones, los estudios de preinversión, fichas técnicas o cualquier documentación que sustente la viabilidad de un proyecto de inversión pública, incluyendo el estudio definitivo o expediente técnico, ocasionando perjuicio al Estado. Esta infracción es considerada como grave. Si el perjuicio es económico o se ha generado grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave.
 16. Hacer declaración falsa al recibir o dar conformidad respecto al cumplimiento de los contratos referidos a la adquisición de bienes, prestación de servicios o ejecución de obra; con relación a las características de la prestación, establecidas en las especificaciones técnicas, términos de referencia, condiciones contractuales u otros, ocasionando perjuicio al Estado. Esta infracción es considerada como muy grave.
 17. Aceptar garantías que no se ajusten a la normativa aplicable o disposiciones contractuales que correspondan, o no verificar su autenticidad, no solicitarlas, no ejecutarlas o no gestionar su renovación, cuando estuviera obligado, ocasionando perjuicio al Estado. Esta infracción es considerada como grave. Si el perjuicio es económico o se ha generado grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave.
 18. Omitir la aplicación o el cobro de las penalidades establecidas en la normativa que corresponda, o en contratos, convenios u otros documentos de similar naturaleza, o modificarlas injustificadamente o contribuir en la inaplicación o no cobro de las mismas, generando perjuicio económico o grave afectación al servicio público. Esta infracción es considerada como muy grave.
 19. Incumplir los mandatos de inhabilitación para el ejercicio de la función pública, pese a tener conocimiento o poder conocer en uso de la diligencia debida, de la referida inhabilitación, ocasionando perjuicio al Estado. Esta infracción es considerada como muy grave.
 20. Omitir información que deba constar o consignar información falsa o inexacta, tardía o incompleta, en la declaración jurada de ingresos, bienes y rentas o declaración jurada de intereses o de no tener conflicto de intereses, por razones que sean atribuibles al funcionario o servidor público o al sujeto obligado a su presentación, con la finalidad de ocultar situaciones irregulares que colisionen con los intereses del Estado. Esta infracción es considerada como muy grave.
 21. Obtener o procurar beneficios o ventajas indebidas, para sí o para otro, haciendo uso de su cargo, autoridad, influencia o apariencia de influencia o suministrando información privilegiada o protegida, o incumpliendo o retrasando el ejercicio de sus funciones, ocasionando perjuicio al Estado. Esta infracción es considerada como muy grave.
 22. Contravenir al mandato legal que prohíbe la doble percepción de ingresos en el sector público, dando lugar a la generación de perjuicio económico para el Estado o grave afectación al servicio público. Esta infracción es considerada como muy grave.
 23. Contravenir las disposiciones que regulan el régimen de ingresos, remuneraciones, dietas o beneficios de cualquier índole de los funcionarios y servidores públicos, ocasionando perjuicio al Estado. Esta infracción es considerada como grave. Si el beneficio es propio o se ha generado grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave.
 24. El incumplimiento funcional que dé lugar a la contaminación o a la falta de remediación del vertido de residuos sólidos, líquidos, gaseosos o de cualquier otra naturaleza, infringiendo la normativa aplicable, que causen o puedan causar perjuicio o alteraciones en la flora, fauna y recursos naturales. Esta infracción es considerada como muy grave.

25. El incumplimiento funcional que dé lugar a que se envenene, contamine o adultere aguas o sustancias alimenticias o medicinales, destinadas al consumo o bienes destinados al uso público, y generen riesgo o causen perjuicio a la vida o la salud. Esta infracción es considerada como muy grave.
26. El incumplimiento funcional que dé lugar a que se extraiga o deprede especies de flora o fauna en épocas, cantidades, talla y zonas que son prohibidas o vedadas, o que se utilice métodos prohibidos o declarados ilícitos, o facilitando o alterando irregularmente el respectivo permiso. Esta infracción es considerada como muy grave.
27. El incumplimiento funcional que dé lugar a que se asiente, deprede, explore, excave, remueva o afecte monumentos arqueológicos prehispánicos o que conformen el patrimonio cultural de la nación, conociendo su carácter; o, permite que se destruya, altere, extraiga del país o que se comercialice bienes del patrimonio cultural; o que no se les retorne de conformidad con la autorización concedida. Esta infracción es considerada como muy grave.
28. Permitir por inacción, conociendo o pudiendo diligentemente conocer de su comisión y su carácter ilegal, la afectación a las normas que regulan los sistemas administrativos o funcionales por parte del personal a su cargo, cuando se tenga la función de supervisión o vigilancia sobre su actuación, ocasionando perjuicio al Estado. Esta infracción es considerada como grave. Si el perjuicio es económico, se ha generado grave afectación al servicio público, o la afectación es reiterada, la infracción es muy grave.
29. Incumplir, negarse o demorar de manera injustificada la entrega o suscripción de la información requerida, en el marco de la auditoría a la Cuenta General de la República y otros servicios de control. Esta infracción es considerada como grave.
30. El incumplimiento funcional que dé lugar a que los pliegos del gobierno nacional, regional y local, entidades de tratamiento empresarial, empresas públicas en el ámbito del FONAFE, fondos y toda entidad o empresa bajo el ámbito del Sistema Nacional de Control, no realicen las transferencias de recursos a la Contraloría General de la República para la ejecución de las auditorías financieras gubernamentales. Esta infracción es considerada como grave.
31. Deteriorar, inutilizar o destruir los bienes destinados al cumplimiento de los fines inherentes a programas sociales, educación o salud pública, o permitir su deterioro, inutilización o destrucción, por su uso inapropiado o distinto al interés público, atribuible a la falta de diligencia debida en su mantenimiento, conservación u oportuna distribución, ocasionando perjuicio del Estado. Esta infracción es considerada como muy grave.
32. Incumplir, negarse o demorar de manera injustificada e intencional, el ejercicio de las funciones a su cargo establecidas en los instrumentos de gestión, contratos, encargos o en las disposiciones normativas que regulan expresamente su actuación funcional, en los procedimientos en los que participa con ocasión de su función o cargo, ocasionando perjuicio al Estado. Esta infracción es considerada como grave. Si el perjuicio es económico o se ha generado grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave.
Las infracciones se cometen de forma intencional o por no haber tenido el cuidado que era necesario por diligencia debida. El perjuicio requerido en las infracciones es aquel efecto adverso, diferente a la transgresión de normas o principios, generado por la acción u omisión del funcionario o servidor público.
La Contraloría General, en reglamento aprobado por resolución de contraloría, especifica los

alcances del perjuicio al Estado, perjuicio económico y grave afectación al servicio público, así como, establece el régimen de condiciones eximentes y atenuantes de responsabilidad. La determinación y sanción de la responsabilidad administrativa funcional identificada en los informes emitidos por los órganos del Sistema, por hechos que no suponen la comisión de las infracciones señaladas en este artículo, es de competencia de cada entidad.
Para que se impute alguna de las infracciones descritas en el presente artículo se requiere que las funciones que hayan sido incumplidas consten en normas publicadas conforme a ley o en instrumentos de gestión, encargos, delegaciones o disposiciones, y se encuentren vigentes al momento de la comisión de la infracción.

Artículo 47.- Tipos de sanciones

1. Las infracciones en materia de responsabilidad administrativa funcional, tipificadas en el artículo 46, dan lugar a la imposición de sanción conforme a lo siguiente:
 - a) Inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de sesenta (60) días calendario ni mayor a un (1) año para las infracciones graves.
 - b) Inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor a un (1) año hasta cinco (5) años para las infracciones muy graves.
Las referidas sanciones comprenden la pérdida de la capacidad legal para el desempeño de funciones, cargos o comisiones en el ámbito de la función pública por parte del funcionario o servidor sancionado. En caso la indicada sanción sea mayor a seis (6) meses, esta supone además la consecuente extinción del vínculo jurídico de cualquier naturaleza que, para la prestación de función pública, mantuviese el funcionario o servidor con una entidad pública, al momento de la eficacia de la sanción.
2. En reglamento aprobado por resolución de contraloría, se especifican el alcance y criterios para la graduación de las sanciones y se establecen las disposiciones para la aplicación de las mismas.
3. De imponerse la sanción por responsabilidad administrativa funcional cuando la persona se encuentre ejerciendo un cargo de elección popular, la sanción tiene eficacia desde que cesa en dicho cargo.

Artículo 48.- Graduación de las sanciones

Las sanciones por responsabilidad administrativa funcional son graduadas de acuerdo a los siguientes criterios:

- a) La gravedad de la infracción cometida, considerando el daño al interés público.
- b) La existencia de intencionalidad en la comisión de la infracción.
- c) El perjuicio causado o efecto dañino producido por la comisión de la infracción.
- d) El beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción.
- e) La reiteración o reincidencia en la comisión de la infracción.
- f) Las circunstancias de la comisión de la infracción.
- g) La concurrencia de infracciones.
- h) El grado de participación en el hecho imputado.

Artículo 51.- Procedimiento para sancionar

[...]

El procedimiento para sancionar por responsabilidad administrativa funcional se sujeta a los principios de legalidad, debido procedimiento y demás principios que rigen la potestad sancionadora de la

administración, los mismos que se desarrollan en el respectivo reglamento.

En el mismo reglamento se pueden establecer mecanismos de derecho premial, conclusión anticipada o de excepción al inicio del procedimiento administrativo sancionador, que aseguren la eficacia y eficiencia en el ejercicio de la potestad sancionadora. El Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas concede el tiempo razonable a los apelantes para que expongan en las audiencias todo aquello que conviene a su derecho de defensa.

Artículo 56.- Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas

El Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas constituye la última instancia administrativa en el procedimiento sancionador. Es el órgano resolutorio de la Contraloría General, con independencia técnica y funcional en las materias de su competencia y autonomía en sus decisiones. Los pronunciamientos anteriormente emitidos por los otros órganos instructor y sancionador no son vinculantes ni condicionan la decisión final del Tribunal Superior. Las salas del Tribunal Superior están conformadas por tres (3) miembros elegidos por concurso público de méritos a cargo de la Contraloría General de la República.

Los miembros del Tribunal Superior son elegidos por un periodo de tres (3) años. La remoción de los miembros del Tribunal solo puede darse por causas graves y debidamente justificadas. Son funcionarios del Sistema Nacional de Control y ejercen sus funciones a dedicación exclusiva y a tiempo completo. Las entidades públicas, sus funcionarios y las personas naturales o jurídicas vinculadas o relacionadas al caso materia de investigación están obligadas a atender cualquier requerimiento efectuado por el Tribunal Superior en casos de documentación, información u opinión necesarios para resolver, en un periodo máximo de siete (7) días hábiles, bajo responsabilidad administrativa funcional en el caso de los funcionarios o servidores públicos, o con sujeción a la potestad sancionadora por infracciones al ejercicio del control en el caso de las personas naturales o jurídicas privadas.

Artículo 57.- Requisitos para ser miembro del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas

Para ser nombrado vocal del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas, se requiere:

- a) Ser mayor de 40 años de edad.
- b) Contar con título profesional y colegiatura hábil.
- c) Tener experiencia profesional en entidades del sector público o privado —no menor de diez (10) años— o comprobada docencia universitaria por el mismo periodo.
- d) Contar, de preferencia, con estudios de especialización en el ámbito de su profesión.
- e) No tener filiación política alguna ni haber sido candidato a cargos de elección popular en los cuatro (4) años anteriores a la presentación de su candidatura al concurso público de méritos.
- f) No encontrarse en estado de quiebra culposa o fraudulenta.
- g) No haber sido sancionado penalmente.
- h) No haber sido sancionado con destitución, despido o inhabilitación.
- i) Tener conducta intachable y reconocida solvencia e idoneidad moral.
- j) Tener estudios de especialización acreditados en derecho constitucional, administrativo, laboral o gestión de recursos humanos o contratación pública.
- k) No tener sentencia firme por delito doloso.

Artículo 58.- Funciones del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas

Corresponde al Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas las siguientes funciones:

- a) Conocer en segunda y última instancia administrativa los recursos de apelación interpuestos contra la resolución de sanción impuesta por el órgano sancionador.
- b) Revisar la resolución del órgano sancionador pudiendo revocar, confirmar o modificar lo resuelto respetando el principio de prohibición de reforma en peor del procesado.
- c) Declarar la nulidad de las resoluciones emitidas por los órganos de la primera instancia, cuando corresponda.
- d) Las demás que le sean establecidas expresamente en las normas complementarias de la presente ley, a efectos de garantizarle el adecuado cumplimiento de las funciones encomendadas.

Artículo 59.- Carácter de las resoluciones del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas

Las resoluciones del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas ponen fin a la vía administrativa y contra ellas procede la acción contencioso-administrativa, conforme al artículo 148 de la Constitución Política del Perú.

Son competentes para tramitar el correspondiente proceso los jueces laborales de la subespecialidad contencioso-administrativa.

Novena.- Definiciones básicas

Constituyen definiciones básicas para efectos de esta Ley, las siguientes:

[...]

Responsabilidad Administrativa Funcional.- Es aquella en la que incurren los servidores y funcionarios por haber contravenido el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen, se encuentre vigente o extinguido el vínculo laboral o contractual al momento de su identificación.

Esta responsabilidad se identifica como resultado de un servicio de control posterior, en que se haya brindado al servidor o funcionario la oportunidad de realizar comentarios o aclaraciones con carácter previo a la emisión del respectivo informe de control, en los que se deberá consignar de manera clara y/o precisa lo señalado o lo referido por los referidos servidores o funcionarios.

[...].

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA MODIFICATORIA

ÚNICA. Modificación del artículo 4 de la Ley 30742, Ley de fortalecimiento de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control

Modifícase el artículo 4 de la Ley 30742, Ley de fortalecimiento de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control, en los siguientes términos:

"Artículo 4.- Uso de tecnologías de la información y comunicación en los procesos y procedimientos de competencia del Sistema Nacional de Control

La Contraloría General de la República implementa de manera progresiva el procedimiento electrónico, la notificación electrónica, el domicilio electrónico, la casilla electrónica, la mesa de partes virtual y mecanismos similares, en los procedimientos administrativos, procesos de control y encargos legales que se encuentren bajo el ámbito de sus atribuciones, incluyendo aquellos que corresponden al Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas y a los órganos del Sistema Nacional de Control, estando las personas relacionadas con dichos procesos, procedimientos o con el ejercicio de dichas atribuciones, obligadas a su empleo.

Para tal efecto, la Contraloría General de la República emite las disposiciones que correspondan. En el caso de las excepciones al empleo de los referidos



mecanismos, estas se basarán en criterios de accesibilidad u otros criterios objetivos”.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA

ÚNICA. Implementación del nuevo régimen de funcionamiento del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas

Para la implementación del régimen de funcionamiento del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas, dispuesto en el artículo 56 de la Ley 27785, modificada por la Ley 30742, los vocales con período vigente continúan en ejercicio de sus funciones, en las mismas condiciones en que fueron elegidos, hasta la conformación de la primera sala que cuente con vocales nombrados en el régimen de tiempo completo y dedicación exclusiva.

Para la aplicación de la presente disposición, la Contraloría General de la República dicta las disposiciones que sean necesarias para asegurar la continuidad en el funcionamiento del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA. Disposiciones reglamentarias

Autorízase a la Contraloría General de la República para que en el plazo de treinta (30) días calendario, contados a partir del día siguiente a la publicación de la presente ley, apruebe a través de resolución de contraloría, el reglamento del procedimiento administrativo sancionador por responsabilidad administrativa funcional, que considere lo previsto en esta ley y establezca las disposiciones complementarias que fueran necesarias para el ejercicio de su potestad sancionadora y desarrollo del procedimiento sancionador que tiene carácter especial.

SEGUNDA. Implementación de la presente ley

Para garantizar la oportuna implementación de la presente ley, el Poder Ejecutivo asigna los recursos presupuestales adicionales necesarios.

TERCERA. Medidas extraordinarias en materia de personal

Para garantizar la oportuna implementación de la presente ley, se autoriza a la Contraloría General de la República la contratación de personal sujeto al régimen laboral establecido en el artículo 36 de la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, así como la realización del concurso público de méritos para el nombramiento de vocales del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas.

CUARTA. Aplicación de normas en el tiempo

Las infracciones y sanciones especificadas en la presente ley se aplican a los hechos cometidos o culminados a partir de su entrada en vigencia.

POR TANTO:

Habiendo sido reconsiderada la Ley por el Congreso de la República, insistiendo en el texto aprobado en sesión del Pleno realizada el día veintiuno de mayo de dos mil veintiuno, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 108 de la Constitución Política del Perú, ordeno que se publique y cumpla.

En Lima, a los dieciséis días del mes de julio de dos mil veintiuno.

MIRTHA ESTHER VÁSQUEZ CHUQUILIN
Presidenta a. i. del Congreso de la República

LUIS ANDRÉS ROEL ALVA
Segundo Vicepresidente del Congreso de la República

1974470-1

LEY Nº 31289

LA PRESIDENTA A. I. DEL CONGRESO
DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE DECLARA DE INTERÉS NACIONAL Y NECESIDAD PÚBLICA LA CREACIÓN DE LA PROVINCIA DE ALTO HUALLAGA EN EL DEPARTAMENTO DE HUÁNUCO

Artículo único. Declaratoria de interés nacional

Declárase de interés nacional y necesidad pública la creación de la provincia de Alto Huallaga en el departamento de Huánuco.

POR TANTO:

Habiendo sido reconsiderada la Ley por el Congreso de la República, insistiendo en el texto aprobado en sesión del Pleno realizada el día treinta de marzo de dos mil veintiuno, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 108 de la Constitución Política del Perú, ordeno que se publique y cumpla.

En Lima, a los dieciséis días del mes de julio de dos mil veintiuno.

MIRTHA ESTHER VÁSQUEZ CHUQUILIN
Presidenta a. i. del Congreso de la República

LUIS ANDRÉS ROEL ALVA
Segundo Vicepresidente del Congreso de la República

1974470-2

LEY Nº 31290

LA PRESIDENTA A. I. DEL CONGRESO
DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE DECLARA DE INTERÉS NACIONAL Y NECESIDAD PÚBLICA LA CREACIÓN DE LOS DISTRITOS DE ATUSPARIAS, SANTA ANA Y VILLA HERMOSA Y DE LA PROVINCIA DE JOSÉ LEONARDO ORTIZ, EN EL DEPARTAMENTO DE LAMBAYEQUE

Artículo único. Declaración de interés nacional y necesidad pública

Declárase de interés nacional y necesidad pública la creación de la provincia de José Leonardo Ortiz, en el departamento de Lambayeque, así como la creación de los distritos de Atusparias, Santa Ana y Villa Hermosa, en el ámbito de la nueva provincia.

POR TANTO:

Habiendo sido reconsiderada la Ley por el Congreso de la República, insistiendo en el texto aprobado en sesión del Pleno realizada el día primero de junio de dos mil veintiuno, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 108 de la Constitución Política del Perú, ordeno que se publique y cumpla.



DICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY 6623/2020-CR, EN VIRTUD DEL CUAL SE PROPONE LA LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 473, 476-A Y 481-A DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, A FIN DE FORTALECER EL PROCESO ESPECIAL POR COLABORACIÓN EFICAZ

COMISIÓN DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

PERÍODO ANUAL DE SESIONES 2020-2021

Señora Presidenta:

Ha sido remitida para estudio y dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos la siguiente iniciativa legislativa:

Proyecto de Ley	Proponente	Grupo Parlamentario	Denominación de la Propuesta Legislativa
6623/2020-CR	María Teresa Cabrera Vega	Podemos Perú	Ley que modifica los artículos 473, 476-A y 481-A de Código Procesal Penal, referidos al proceso especial por colaboración eficaz.

El presente dictamen fue aprobado por mayoría en la Novena Sesión Extraordinaria de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, celebrada el 5 de julio de 2021. Votaron a favor los congresistas Cabrera Vega, Rubio Gariza, Chávez Cossío, Mesía Ramírez, García Rodríguez y Aliaga Pajares (miembros titulares) y Fabián Díaz y Cayllahua Barrientos (miembros accesorios). Votó en abstención la congresista Silva Santisteban Manrique (miembro titular).

I. SITUACIÓN PROCESAL

1.1. Antecedentes

El proyecto de ley ingresó a la Comisión de Justicia y Derechos Humanos conforme se aprecia en la tabla siguiente:

Proyecto de Ley	Fecha de Decreto	Fecha de ingreso	Comisiones
6623/2020-CR	09/11/2020	10/11/2020	• Justicia y Derechos Humanos

La iniciativa legislativa materia del presente dictamen cumple con los requisitos



Firmado digitalmente por:
CABRERA VEGA María Teresa
FAU.20101749128 soft
Motivo: Doy Vº Bº
Fecha: 15/07/2021 10:49:08-0500

DICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY 6623/2020-CR, EN VIRTUD DEL CUAL SE PROPONE LA LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 473, 476-A Y 481-A DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, A FIN DE FORTALECER EL PROCESO ESPECIAL POR COLABORACIÓN EFICAZ

generales y específicos señalados en los artículos 75, 76 y 77 del Reglamento del Congreso de la República.

1.2. Contenido de la iniciativa legislativa

La propuesta legislativa plantea diversas modificaciones al proceso especial por colaboración eficaz. Las modificaciones tienen lugar en la fase de corroboración (artículo 473), eficacia de las diligencias de corroboración y su incorporación en otros procesos (artículo 476-A) y la utilidad de la información en otros procesos.

En cuanto a la fase de corroboración pasaremos a realizar un cuadro de la normativa vigente y los cambios que se pretenden realizar, para un mejor entendimiento:

Artículo vigente del Código Procesal Penal	Artículo propuesto por el Proyecto de Ley
<p>"Artículo 473. Fase de corroboración"</p> <p>1. Recibida la solicitud, el Fiscal podrá disponer el inicio del procedimiento por colaboración eficaz, ordenando las diligencias de corroboración que considere pertinentes para determinar la eficacia de la información proporcionada. En estos casos podrá requerir la intervención de la Policía Nacional del Perú para que, bajo su conducción, realice las indagaciones previas y eleve un Informe Policial.</p> <p>2. Los procesos, incluyendo las investigaciones preparatorias que se siguen contra el solicitante continuarán con su tramitación correspondiente.</p> <p>3. El Fiscal, podrá celebrar reuniones con los colaboradores con o sin la presencia de sus abogados. Asimismo, podrá celebrar un Convenio Preparatorio, que precisará sobre la base de la calidad de información ofrecida y la naturaleza de los cargos o hechos delictuosos objeto de imputación o no contradicción- los beneficios, las obligaciones y el mecanismo de aporte de información y de su corroboración.</p>	<p>"Artículo 473. Fase de corroboración"</p> <p>1. Recibida la solicitud, en un acta el fiscal asignará al postulante un código y una rúbrica para preservar su identidad durante todo el proceso de colaboración eficaz. Asignará una rúbrica al abogado defensor con el cual signará todos los documentos y diligencias en las que participe. La solicitud y el acta de asignación de código se custodiarán en forma separada del cuaderno del proceso de colaboración eficaz.</p> <p>2. El fiscal protegerá el secreto del proceso de colaboración eficaz y salvaguardará la identidad del colaborador eficaz, bajo responsabilidad.</p> <p>3. El Fiscal, podrá celebrar reuniones con los postulantes con la presencia de sus abogados. Asimismo, celebrarán un Convenio Preparatorio, que precisará sobre la base de la calidad de información ofrecida y la naturaleza de los cargos o hechos delictuosos objeto de imputación o no contradicción- los beneficios, las obligaciones y el mecanismo de aporte de información y de su corroboración.</p> <p>4. La declaración del postulante será recibida por el fiscal, en presencia de su abogado y del fiscal superior coordinador o su adjunto. Se realizará donde señale el fiscal y se registrará además del acta, en un medio audiovisual que se conservará hasta su remisión junto con los actuados al juez. Igual regla se aplicará a cualquier ampliación de declaración del postulante.</p> <p>5. El postulante está obligado a proporcionar toda la información que posea, de no hacerlo o de proporcionar información falsa, afectará la viabilidad del acuerdo, dependiendo de la importancia de la omisión o de la</p>

DICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY 6623/2020-CR, EN VIRTUD DEL CUAL SE PROPONE LA LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 473, 476-A Y 481-A DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, A FIN DE FORTALECER EL PROCESO ESPECIAL POR COLABORACIÓN EFICAZ

- | | |
|---|---|
| <p>4. El colaborador, mientras dure el proceso, de ser el caso, será sometido a las medidas de aseguramiento personal necesarias para garantizar el éxito de las investigaciones, la conclusión exitosa del proceso y su seguridad personal. En caso sea necesario, y siempre que no esté en el ámbito de sus potestades, el Fiscal acudirá al Juez de la Investigación Preparatoria requiriéndole dicte las medidas de coerción y de protección que correspondan, las cuales se dictarán reservadamente y en coordinación con el Fiscal. Dichas medidas también son de aplicación para los representantes, socios e integrantes de la persona jurídica, cuando corresponda.</p> <p>5. Cuando la medida de aseguramiento personal deba recaer en un colaborador que se encuentra interno en algún establecimiento penitenciario, el Fiscal deberá seguir el procedimiento antes descrito ante el Juez de la Investigación Preparatoria. Cuando este considere, luego de la evaluación correspondiente, debe establecerse alguna medida de aseguramiento personal que se encuentra dentro de las facultades del Instituto Nacional Penitenciario - INPE, comunica para que proceda conforme a sus atribuciones, quien informa al Juez la medida adoptada.</p> <p>6. Cuando el colaborador tiene mandato de prisión preventiva el Juez podrá variarlo a solicitud del Fiscal, por el que corresponda; no son aplicables las reglas de cesación previstas para el proceso común. En este caso, la variación procede por razones de seguridad o por ser parte del Convenio Preparatorio y debe motivarse en mínimos actos de investigación realizados en la fase de corroboración; la audiencia es privada y sólo participa el Fiscal, el colaborador y su defensor.</p> <p>7. Cuando se requiera para las diligencias de corroboración y otras, la</p> | <p>falsedad. Si se descubre posteriormente al acuerdo puede considerarse para su revocación, independientemente de la responsabilidad penal que corresponda.</p> <p>6. El fiscal ordenará las diligencias de corroboración que considere pertinentes para determinar la eficacia de la información proporcionada. Requerirá la intervención de la Policía Nacional del Perú para que, bajo la conducción, realice las diligencias de corroboración y eleve un informe policial.</p> <p>7. Las investigaciones y procesos que se siguen contra el postulante continuarán con su tramitación correspondiente.</p> <p>8. El postulante, mientras dure el proceso, de ser el caso, será sometido a las medidas de aseguramiento personal necesarias para garantizar el éxito de las investigaciones, la conclusión exitosa del proceso y su seguridad personal. En caso sea necesario, y siempre que no esté en el ámbito de sus potestades, el Fiscal acudirá al Juez de la Investigación Preparatoria requiriéndole dicte las medidas de coerción y de protección que correspondan, las cuales se dictarán reservadamente y en coordinación con el Fiscal. Dichas medidas también son de aplicación para los representantes, socios e integrantes de la persona jurídica, cuando corresponda.</p> <p>9. Cuando la medida de aseguramiento personal deba recaer en un postulante que se encuentra interno en algún establecimiento penitenciario, el fiscal deberá seguir el procedimiento antes descrito ante el juez de la investigación preparatoria. Cuando este considere, luego de la evaluación correspondiente, debe establecerse alguna medida de aseguramiento personal que se encuentra dentro de las facultades del Instituto Nacional Penitenciario - INPE, comunica para que proceda conforme a sus atribuciones, quien informa al juez la medida adoptada.</p> <p>10. Cuando el postulante tiene mandato de prisión preventiva el juez podrá variarlo a solicitud del fiscal, por el que corresponda; no son aplicables las reglas de cesación previstas para el proceso común. En este caso, la variación procede por razones de seguridad o por ser parte del Convenio Preparatorio y debe motivarse en mínimos actos de investigación realizados en la fase de corroboración; la audiencia es privada y sólo participa el fiscal, el postulante y su defensor.</p> <p>11. Cuando se requiera para las diligencias de corroboración y otras, la conducción del postulante de un establecimiento penitenciario a otro lugar, el juez de la investigación preparatoria a pedido del fiscal, podrá disponerlas fijando la fecha de la diligencia y comunicando dentro del plazo no menor de tres (03) días a la Policía Nacional del Perú y al Instituto Nacional Penitenciario para su oportuna ejecución. Culminada la diligencia, el interno retorna al establecimiento penitenciario al cual pertenece.</p> <p>12. Está prohibido recibir la declaración de un postulante a colaborador eficaz como testigo común o como testigo protegido, excepto como testigo impropio en vía de prueba anticipada o durante el juicio, después de la aprobación</p> |
|---|---|

DICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY 6623/2020-CR, EN VIRTUD DEL CUAL SE PROPONE LA LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 473, 476-A Y 481-A DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, A FIN DE FORTALECER EL PROCESO ESPECIAL POR COLABORACIÓN EFICAZ

<p>conducción del colaborador de un establecimiento penitenciario a otro lugar, el Juez de la Investigación Preparatoria a pedido del Fiscal, podrá disponerlas fijando la fecha de la diligencia y comunicando dentro del plazo no menor de tres (03) días a la Policía Nacional del Perú y al Instituto Nacional Penitenciario para su oportuna ejecución. Culminada la diligencia, el interno retorna al establecimiento penitenciario al cual pertenece."</p>	<p>judicial del acuerdo de beneficios y colaboración eficaz correspondiente.</p> <p>13. Está prohibido corroborar la declaración de un postulante a colaborador eficaz, con declaraciones de otros postulantes a colaboración eficaz, mientras estas no sean corroboradas y tengan aprobación judicial del acuerdo correspondiente.</p> <p>14. El plazo, desde la solicitud hasta la celebración del acuerdo de beneficios y colaboración eficaz o su denegación, será máximo de 4 meses con una prórroga de 60 días. Cumplido el plazo, el fiscal procederá conforme a lo previsto en el artículo 477 del presente Código."</p>
---	--

En cuanto los artículos 476-A y 481-A del Código Procesal Penal, partiendo de la base de que la declaración de un postulante a colaborador eficaz es altamente "sospechosa", se propone que la misma no sea utilizada mientras el Juez Penal no apruebe el acuerdo de beneficios y colaboración eficaz.

En la Exposición de Motivos del presente proyecto de ley, se señala que: (i) la normativa actual no establece ningún control respecto de las reuniones y las declaraciones de los postulantes a colaboración eficaz, por ese motivo se propone la presencia obligatoria del abogado defensor y del Fiscal Superior Coordinador o su Adjunto; (ii) en la actualidad, las declaraciones de los postulantes a colaborador eficaz se toman en los despachos fiscales, en donde se encuentran los asistentes, practicantes, abogados y litigantes, hecho que pone en riesgo la reserva de la diligencia, por lo que se propone que el Fiscal debe señalar el lugar que mejor garantice la reserva de la diligencia; (iii) los medios de comunicación han filtrado la declaración de varios postulantes a colaboración eficaz, hecho que afecta gravemente la reserva del proceso, es así que se obliga al Fiscal preservar la reserva de la investigación, bajo responsabilidad; (iv) actualmente, no existen plazos para las etapas iniciales del proceso por colaboración eficaz, hecho que ha motivado que algunos procesos duren incluso varios años, por lo que se propone que el plazo sea de 4 meses con una prórroga de 60 días; (v) la normativa vigente no obliga a que el postulante proporcione toda la información, incluso se han visto casos en los que el postulante administra la información y la brinda de manera dosificada, por ese motivo se propone que el postulante, desde el inicio, debe proporcionar toda la información que posea; (vi) existe cierta confusión en el manejo del término colaborador eficaz, queda claro que la persona que se somete al proceso por colaboración eficaz adquiere dicho estatus una vez que el Juez Penal apruebe el Acuerdo, pero antes de dicho acto deberá ser denominado como postulante a colaborador eficaz; (vii) la declaración de un postulante a colaborador



DICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY 6623/2020-CR, EN VIRTUD DEL CUAL SE PROPONE LA LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 473, 476-A Y 481-A DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, A FIN DE FORTALECER EL PROCESO ESPECIAL POR COLABORACIÓN EFICAZ

eficaz siempre es sospechosa porque pretende beneficios o premios penales, por ello no merece mayor credibilidad y necesita ser corroborada y aprobada judicialmente, por lo que antes de su aprobación no puede ser utilizada en otros procesos penales; y (viii) en la actualidad se permite (se aduce que como no está prohibido está permitido) la corroboración de la declaración de un postulante a colaborador eficaz con las declaraciones de otros postulantes, sin que las mismas hayan cumplido con el procedimiento de corroboración, motivo por el cual debe prohibirse expresamente a fin de no utilizar declaraciones sospechosas.

1.3. Opiniones solicitadas

Se efectuaron pedidos de opinión a las siguientes instituciones:

- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, mediante Oficio P.O. N° 0802-2020-2021-CJYDDHH/CR, del 01 de diciembre de 2020.
- Poder Judicial, mediante Oficio P.O. N° 0803-2020-2021-CJYDDHH/CR, del 01 de diciembre de 2020.
- Ministerio Público – Fiscalía de la Nación, mediante Oficio P.O. N° 0804-2020-2021-CJYDDHH/CR, del 01 de diciembre de 2020.

1.4. Opiniones recibidas

Hasta el momento de la elaboración del presente dictamen, se recibió la siguiente opinión:

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, mediante Oficio N° 213-2021-JUS/DM, del 08 de abril de 2021, hace llegar el Informe N° 12-2021-ST/CEI-CPP, en el cual concluye que:

La propuesta legislativa, respecto a la pretensión de modificar **el artículo 473 y el inciso 3 del artículo 467-A del Código Procesal Penal** no tiene incidencia negativa de carácter constitucional y procesal que afecte su viabilidad.

En cuanto a las que corresponde, exactamente los **incisos 1, 2 y 4 del artículo 476-A e incisos 1 y 2 del artículo 481-A del Código Procesal Penal**, debemos indicar que afectan el objeto y finalidad del proceso de colaboración eficaz, por lo que no son viables.

En cuanto a la propuesta de modificar el artículo 473 del Código Procesal Penal, el Informe señala que: a) se agregan mecanismos de protección tanto al postulante como a su abogado defensor; b) es necesario asegurar la reserva del



DICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY 6623/2020-CR, EN VIRTUD DEL CUAL SE PROPONE LA LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 473, 476-A Y 481-A DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, A FIN DE FORTALECER EL PROCESO ESPECIAL POR COLABORACIÓN EFICAZ

proceso de colaboración eficaz; c) el registro audiovisual de las declaraciones tendrá un impacto positivo en las investigaciones y le otorgará un mayor estándar de calidad a la información proporcionada; d) se introduce el término postulante para diferenciar la fase en la se encuentra el proceso de colaboración; y e) se introduce un plazo para el proceso de colaboración.

En esa misma línea, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, respecto a la propuesta de modificar el artículo 476-A del Código Procesal Penal, advierte que en la exposición de motivos no existe una explicación que sustente la modificación propuesta, solo existe la fórmula legal. Sin perjuicio de ello, se precisa que: a) pretender condicionar al Ministerio Público de poder continuar con las investigaciones de las personas sindicadas por el colaborar eficaz, recién cuando esta cuente con una aprobación judicial a pesar de contar con información de indicios suficientes de participación delictiva, va en contra del objeto y eficacia de la colaboración eficaz; b) carece de sustento exigir la obligatoriedad de la aprobación judicial del acuerdo de beneficios y colaboración eficaz para que el Fiscal pueda incorporar al proceso o procesos correspondientes lo actuado en la carpeta fiscal de colaboración eficaz, más por el contrario, se contrapone a lo establecido en el inciso 2 del artículo 481 del citado cuerpo normativo, sobre el mérito de la información y de lo obtenido cuando se rechaza el acuerdo, en el cual se señala que las declaraciones prestadas por otras personas durante la fase de corroboración, así como la prueba documental, los informes o dictámenes periciales y las diligencias objetivas e irreproducibles, mantendrán su validez y podrán ser valoradas en otros procesos conforme a su propio mérito y a lo dispuesto en el artículo 158; c) resulta atendible exigir la aprobación del acuerdo de beneficios y colaboración eficaz para que recién el fiscal pueda decidir si aporta o no el testimonio del colaborador al juicio, puesto que el rigor de credibilidad, veracidad y legalidad en juicio es de mayor exigencia, dado que en esa fase ya no podemos emplear elementos de convicción ni la declaración del postulante a colaborador eficaz que no ha sido aprobada por un juez; y d) el numeral 4 del artículo 476-A parte de la premisa de que los casos están formalizados, por ese motivo se le otorga al Fiscal la posibilidad de no acusar, pero no tiene sentido extender dicha potestad para casos no formalizados porque la premisa no resiste la extensión.

En lo que respecta a la modificación del artículo 481-A del Código Procesal Penal (obligatoriedad de la aprobación judicial del acuerdo para el empleo de los elementos de convicción para requerir medidas limitativas), se señala que la propuesta normativa colisiona con lo establecido en el artículo 481 del mismo cuerpo normativo, puesto que en este último caso se permite el uso de elementos de corroboración pese a que se ha rechazado el acuerdo, entonces, con igual



DICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY 6623/2020-CR, EN VIRTUD DEL CUAL SE PROPONE LA LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 473, 476-A Y 481-A DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, A FIN DE FORTALECER EL PROCESO ESPECIAL POR COLABORACIÓN EFICAZ

razón, se puede hacer uso de los elementos de convicción aun cuando no exista aprobación judicial del acuerdo.

En cuanto a la obligatoriedad de la aprobación del acuerdo para el empleo de la declaración del postulante a colaborador eficaz para solicitar medidas limitativas, se precisa que la norma vigente es clara en sostener que lo declarado por el postulante a colaborador podrá ser empleado para dichos efectos (es decir requerir medidas limitativas de derecho y de coerción), y agrega que en estos casos debe ir acompañado de otros elementos de convicción. Es decir, no solo basta la declaración del postulante a colaborador, sino que es necesario que cuente con otros elementos de convicción que permitan reforzar lo sostenido por el postulante para recién pretender requerir una de las medidas antes mencionadas, sin perjuicio de que la declaración del postulante a colaborador y los elementos de convicción recabados en las diligencias de corroboración sean sometidos a un control de legalidad por parte del juez de investigación preparatoria.

II. MARCO NORMATIVO

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Constitución Política del Perú.
- Código Procesal Penal, promulgado por el Decreto Legislativo 957.

III. ANÁLISIS

Los instrumentos procesales de colaboración eficaz surgieron como una manifestación del denominado derecho penal premial. El sentido de estos mecanismos es vincular la concesión por el Estado de ciertos beneficios que van desde la simple disminución de pena, pasando por la suspensión de su ejecución, hasta la exención y la remisión, con el aporte de información veraz, oportuna y relevante, proporcionada por quien se encuentre o no procesado e inclusive sentenciado, que permita la consecución de objetivos trascendentes tales como la interrupción de acciones delictivas o la morigeración de sus efectos, el conocimiento de las circunstancias que rodearon a la comisión del hecho punible, la identificación de los autores y partícipes y la desarticulación de organizaciones delictivas, así como el descubrimiento y entrega de instrumentos, efectos y ganancias delictivas.



DICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY 6623/2020-CR, EN VIRTUD DEL CUAL SE PROPONE LA LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 473, 476-A Y 481-A DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, A FIN DE FORTALECER EL PROCESO ESPECIAL POR COLABORACIÓN EFICAZ

La finalidad de este proceso especial es llegar a conocer cómo es que se realizaron una serie de delitos, cómo intervinieron determinadas personas, qué medios se utilizaron en su ejecución, qué autoridades tuvieron participación, cómo se trató de ocultar información, dónde se encuentran los efectos del delito, cómo se pueden recuperar los bienes apropiados o sustraídos que se encuentran fuera del país, cómo interviene el sector empresarial o privado, qué participación tuvieron o no algunos medios de comunicación social, etc. En suma, se busca esclarecer lo ocurrido desde la perspectiva penal, no sólo con los medios de investigación comunes bajo la dirección de los jueces y fiscales, sino a través de otros medios que la ley y el Derecho Comparado permiten, para conocer la organización o grupos delictivos que tanto daño han hecho a una nación.

La colaboración que se puede obtener de los propios delincuentes o de particulares en el sistema probatorio criminal, se ve retribuida con beneficios judiciales o de protección a su favor. La delación o información a cambio de beneficios penales o penitenciarios aparece como una forma de cooperación con el sistema judicial penal. Estos beneficios se orientan a estimular la disociación de las organizaciones del crimen.

Se trata de un procedimiento de naturaleza especial, distinto a los tradicionalmente conocidos, con características singulares de inicio, tramitación, acuerdo y aprobación judicial mediante la expedición de una sentencia judicial. Constituye un nuevo procedimiento penal que responde a los fines de oportunidad y búsqueda de elementos de prueba en el esclarecimiento de delitos y de autores en el ámbito de la transacción penal, como un medio de lucha contra el crimen organizado.

En este contexto y tomando en cuenta de manera especial la opinión institucional del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pasaremos a analizar cada uno de los tópicos planteados en la propuesta legislativa.

Es cierto que la normativa vigente no establece formalidades estrictas para el inicio del procedimiento de colaboración eficaz, es así que no exige la presencia del abogado defensor en las entrevistas entre postulante a colaborador eficaz y el Fiscal, tampoco es obligatoria la suscripción de un Convenio Preparatorio, sino que la misma resulta ser facultativa, y las declaraciones del postulante solo son perennizadas mediante actas sin recurrir a medios audiovisuales. Del mismo modo, la normativa no prevé la participación del Fiscal Superior Coordinador en la declaración del postulante a colaborador eficaz.



DICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY 6623/2020-CR, EN VIRTUD DEL CUAL SE PROPONE LA LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 473, 476-A Y 481-A DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, A FIN DE FORTALECER EL PROCESO ESPECIAL POR COLABORACIÓN EFICAZ

Estas cuestiones resultan relevantes para la eficacia del proceso por colaboración eficaz, puesto que con la participación del Fiscal Superior Coordinador se verificaría que toda la institución se está comprometiendo en el proceso, a fin de lograr los fines de la colaboración eficaz, esto es, conocer cómo es que se realizaron una serie de delitos, cómo intervinieron determinadas personas, qué medios se utilizaron en su ejecución, qué autoridades tuvieron participación, cómo se trató de ocultar información, dónde se encuentran los efectos del delito, cómo se pueden recuperar los bienes apropiados o sustraídos que se encuentran fuera del país, cómo interviene el sector empresarial o privado, qué participación tuvieron o no algunos medios de comunicación social, etc.

El derecho de defensa es irrenunciable, tanto es así que las normas habilitan que las autoridades puedan asignar un defensor de oficio a quienes no tienen los recursos para sufragar los honorarios de los abogados. Siendo tan importante el derecho de defensa, es inaceptable que las entrevistas y la declaración del postulante a colaborador sean realizadas sin la presencia de un abogado defensor.

La declaración de los colaboradores, en muchos casos, servirán para sustentar condenas contra sus coimputados o terceros, pero la valoración de dicha declaración está condicionada a que sea actuada en el juicio oral. En muchos casos, por diversos motivos, los colaboradores eficaces no concurren a los juicios orales, en dicho supuesto se dará lectura a su declaración del cuaderno de colaboración eficaz, pero el valor probatorio no es el mismo, puesto que los demás sujetos procesales no han podido realizar el control de la declaración, es decir, no han podido plantear preguntas. Una solución viable para estos supuestos, es que la declaración del colaborador sea perennizada en medios audiovisuales a fin de poder ser utilizada en caso de inconcurrencia del colaborador al juicio oral.

En esa misma línea, resulta importante regular la consecuencia en caso de descubrirse la falsedad de la información proporcionada por el postulante a colaborador eficaz una vez aprobada judicialmente el acuerdo y la misma no puede ser otra que la revocatoria de los beneficios otorgados cuando así lo considere el Fiscal, así como el procesamiento por los cargos contenidos en el acuerdo.

Si bien existe cierta informalidad en la tramitación del procedimiento de colaboración eficaz, sin embargo, ello no puede dejar en indefensión al postulante por posibles desconocimientos de los términos del acuerdo por parte del Fiscal, en ese sentido debe resultar obligatoria la suscripción de los términos del Acuerdo Preparatorio.



DICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY 6623/2020-CR, EN VIRTUD DEL CUAL SE PROPONE LA LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 473, 476-A Y 481-A DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, A FIN DE FORTALECER EL PROCESO ESPECIAL POR COLABORACIÓN EFICAZ

Es necesario distinguir el estatus de la persona que está sometida a un proceso de colaboración eficaz, puesto que mientras no exista acuerdo aprobado judicialmente no se la puede calificar como colaborador eficaz, sino que el término adecuado es postulante.

Se propone la prohibición de recibir la declaración del postulante a colaborador como testigo común o como testigo protegido. Esta propuesta no es viable debido a que el postulante puede tener una línea de defensa en los demás procesos hasta que no se apruebe judicialmente el acuerdo, tanto más si el resultado de este proceso es aún incierto. Además, de aceptarse la propuesta legislativa, la consecuencia sería que no se tome ninguna declaración del postulante en los demás procesos, consecuencia inaceptable.

Asimismo, se propone la prohibición de corroborar la declaración de un postulante a colaborador eficaz con la declaración de otros postulantes. Esta propuesta desconoce que cada procedimiento de colaboración es independiente y será corroborada cada una por separado, con los actos de investigación propios de cada carpeta fiscal. Es cierto que, en muchos casos, al momento de solicitar medidas de coerción personal, se aduce que la declaración de un postulante se condice que la de otros postulantes, pero para superar dichas inconsistencias se debe tener en cuenta el numeral 2 del artículo 481-A del Código Procesal Penal, el mismo que prescribe que la declaración del postulante debe ser corroborada con elementos probatorios obrantes en su propia carpeta fiscal. Sin perjuicio de ello, a fin de optimizar las reglas de valoración de las declaraciones de los postulantes en los requerimientos de coerción personal, se propone introducir el numeral 3 al artículo 481-A del Código Procesal Penal en el sentido de exigir que el Juez Penal, previa a la valoración de las declaraciones de los postulantes, debe verificar que cada una de ellas haya sido objeto de corroboración, de manera independiente, en su propia carpeta fiscal.

Otro de los cambios significativos contenidos en la propuesta legislativa es la introducción de un plazo para la realización de los actos de corroboración, ello resulta razonable en la medida que el procedimiento de colaboración debe ser lo más expedito posible si se parte de que el postulante deberá indicar donde se encuentran los medios probatorios, incluso, el mismo postulante lo puede proporcionar, por lo que no es aceptable que no existan plazos.

La propuesta de modificación de los artículos 476-A y 481-A del Código Procesal Penal tiene como base la prohibición de emplear los elementos de convicción recabadas durante las diligencias de corroboración y la declaración de los



DICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY 6623/2020-CR, EN VIRTUD DEL CUAL SE PROPONE LA LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 473, 476-A Y 481-A DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, A FIN DE FORTALECER EL PROCESO ESPECIAL POR COLABORACIÓN EFICAZ

postulantes para sustentar otras investigaciones o requerir medidas de coerción, todo ello debido a su poca fiabilidad o ser altamente sospechosa.

Esta premisa es totalmente errada en la medida que va en contra del objeto y eficacia del proceso de colaboración eficaz. Analicemos el siguiente supuesto, una persona, con su abogado, se acerca al Fiscal y manifiesta que desea someterse al proceso de colaboración eficaz sobre hechos en los que ha participado y que todavía se siguen desarrollando. Bajo la lógica de la propuesta legislativa el Fiscal tendría que esperar que culmine el proceso de colaboración eficaz (con aprobación judicial) a fin de iniciar alguna acción para detener o interrumpir la materialización del delito en progreso.

Al margen de lo señalado, se acoge la propuesta de otorgar, expresamente, al Fiscal la posibilidad de archivar el caso cuando se encuentre en diligencias preliminares una vez que se haya aprobado judicialmente el acuerdo de beneficios y colaboración eficaz. Del mismo modo, se acoge la propuesta relacionada al ofrecimiento del testimonio del colaborador eficaz al juicio oral, para lo cual debe existir acuerdo aprobado judicialmente.

IV. ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 75 del Reglamento del Congreso de la República, en el presente dictamen vamos a realizar un análisis que identifique los efectos cualitativos sobre las personas o los grupos de personas en las que impactará la norma propuesta, es decir, los involucrados.

Involucrados	Efectos directos	Efectos indirectos
Poder Judicial	Facilita la labor del juez al momento de valorar las declaraciones.	Promueve la celeridad procesal y la impartición de justicia oportuna
Ministerio Público	Fortalece la hipótesis inculpativa del Fiscal. Optimiza la averiguación de la verdad procesal.	Mejora la persecución del delito
Sociedad	Mejora en la percepción sobre la administración de justicia.	Combate a la impunidad



DICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY 6623/2020-CR, EN VIRTUD DEL CUAL SE PROPONE LA LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 473, 476-A Y 481-A DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, A FIN DE FORTALECER EL PROCESO ESPECIAL POR COLABORACIÓN EFICAZ

V. CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, de conformidad con el literal b) del artículo 70 del Reglamento del Congreso de la República, recomienda la **APROBACIÓN** del Proyecto de Ley 6623/2020-CR, con el texto sustitutorio siguiente:

TEXTO SUSTITUTORIO

El Congreso de la República;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 473, 476-A Y 481-A DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, A FIN DE FORTALECER EL PROCESO ESPECIAL POR COLABORACIÓN EFICAZ

Artículo 1. Objeto de la Ley

La presente ley tiene por objeto modificar diversos artículos del Código Procesal Penal, relacionados al Proceso Especial por Colaboración Eficaz, con la finalidad de optimizar la fase de corroboración, la eficacia de su utilización y el uso de la información en otros procesos.

Artículo 2. Modificación de los artículos 473, 476-A y 481-A del Código Procesal Penal, promulgado por el Decreto Legislativo 957

Modifícanse los artículos 473, 476-A y 481-A del Código Procesal Penal, promulgado por el Decreto Legislativo 957, en los siguientes términos:

"Artículo 473. Fase de corroboración

1. Recibida la solicitud, en un acta el Fiscal asignará al postulante un código y una rúbrica para preservar su identidad durante todo el proceso de colaboración eficaz. Asignará una rúbrica al abogado defensor con el cual signará todos los documentos y diligencias en las que participe. La solicitud y el acta de asignación de Código se custodiarán en forma separada del cuaderno del proceso de colaboración eficaz.
2. El Fiscal protegerá el secreto del proceso de colaboración eficaz y salvaguardará la identidad del colaborador eficaz, bajo responsabilidad.

DICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY 6623/2020-CR, EN VIRTUD DEL CUAL SE PROPONE LA LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 473, 476-A Y 481-A DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, A FIN DE FORTALECER EL PROCESO ESPECIAL POR COLABORACIÓN EFICAZ

3. El Fiscal, podrá celebrar reuniones con los postulantes **en presencia de su abogado defensor**. Asimismo, **celebrará** un Convenio Preparatorio, que precisará —sobre la base de la calidad de información ofrecida y la naturaleza de los cargos o hechos delictuosos objeto de imputación o no contradicción— los beneficios, las obligaciones y el mecanismo de aporte de información y de su corroboración.
4. La **declaración del postulante será recibida por el Fiscal, en presencia de su abogado y del Fiscal Superior Coordinador o su Adjunto. Se realizará donde señale el Fiscal y se registrará además del acta, en un medio audiovisual que se conservará hasta su remisión al Juez junto con los actuados. Igual regla se aplicará a cualquier ampliación de declaración del postulante.**
5. El postulante está obligado a proporcionar toda la información que posea, de no hacerlo o de proporcionar información falsa, afectará la viabilidad del acuerdo, dependiendo de la importancia de la omisión o de la falsedad. Cuando la falsedad se descubra con posterioridad al acuerdo el Fiscal evaluará si se puede mantener los efectos del acuerdo a fin de solicitar o no su revocación. En caso se revoque el acuerdo se continuará con el procesamiento del imputado bajo las reglas del proceso penal, según corresponda.
6. El Fiscal ordenará las diligencias de corroboración que considere pertinentes para determinar la eficacia de la información proporcionada. **Requerirá la intervención de la Policía Nacional del Perú para que, bajo su conducción, realice las diligencias de corroboración y eleve un Informe Policial.**
7. Las investigaciones y procesos que se siguen contra el **postulante** continuarán con su tramitación correspondiente.
8. El **postulante**, mientras dure el proceso, de ser el caso, será sometido a las medidas de aseguramiento personal necesarias para garantizar el éxito de las investigaciones, la conclusión exitosa del proceso y su seguridad personal. En caso sea necesario, y siempre que no esté en el ámbito de sus potestades, el Fiscal acudirá al Juez de la Investigación Preparatoria requiriéndole dicte las medidas de coerción y de protección que correspondan, las cuales se dictarán reservadamente y en coordinación con el Fiscal. Dichas medidas también son de aplicación para los representantes, socios e integrantes de la persona jurídica, cuando corresponda.
9. Cuando la medida de aseguramiento personal deba recaer en un **postulante** que se encuentra interno en algún establecimiento penitenciario, el Fiscal deberá seguir el procedimiento antes descrito ante el Juez de la Investigación Preparatoria. Cuando este considere,



DICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY 6623/2020-CR, EN VIRTUD DEL CUAL SE PROPONE LA LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 473, 476-A Y 481-A DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, A FIN DE FORTALECER EL PROCESO ESPECIAL POR COLABORACIÓN EFICAZ

luego de la evaluación correspondiente, debe establecerse alguna medida de aseguramiento personal que se encuentra dentro de las facultades del Instituto Nacional Penitenciario - INPE, comunica para que proceda conforme a sus atribuciones, quien informa al Juez la medida adoptada.

10. Cuando el **postulante** tiene mandato de prisión preventiva el Juez podrá variarlo a solicitud del Fiscal, por el que corresponda; no son aplicables las reglas de cesación previstas para el proceso común. En este caso, la variación procede por razones de seguridad o por ser parte del Convenio Preparatorio y debe motivarse en mínimos actos de investigación realizados en la fase de corroboración; la audiencia es privada y solo participa el Fiscal, el postulante y su defensor.
11. Cuando se requiera para las diligencias de corroboración y otras, la conducción del **postulante** de un establecimiento penitenciario a otro lugar, el Juez de la Investigación Preparatoria a pedido del Fiscal, podrá disponerlas fijando la fecha de la diligencia y comunicando dentro del plazo no menor de tres (3) días a la Policía Nacional del Perú y al Instituto Nacional Penitenciario para su oportuna ejecución. Culminada la diligencia, el interno retorna al establecimiento penitenciario al cual pertenece.
12. El **plazo**, desde la solicitud hasta la celebración del Acuerdo de Beneficios y Colaboración Eficaz o su denegación, será máximo de 4 meses con una prórroga de 60 días. Cumplido el plazo, el Fiscal procederá conforme a lo previsto en el artículo 477 del presente código.

Artículo 476-A. Eficacia de las diligencias de corroboración y su incorporación en otros procesos

1. Si la información proporcionada por el colaborador arroja indicios suficientes de participación delictiva de las personas sindicadas por éste o de otras personas naturales o jurídicas, será materia —de ser el caso— de la correspondiente investigación y decisión por el Ministerio Público a efectos de determinar la persecución y ulterior sanción de los responsables.
2. El Fiscal decide si lo actuado en la carpeta fiscal de colaboración eficaz será incorporado en todo o en parte al proceso o procesos correspondientes, debiendo cautelar la identidad del declarante.
3. El Fiscal, de conformidad con el artículo 65 decidirá si aporta el testimonio del colaborador a juicio, **previa aprobación judicial del Acuerdo de Beneficios y Colaboración Eficaz**. Si existiere riesgo para su vida, se

DICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY 6623/2020-CR, EN VIRTUD DEL CUAL SE PROPONE LA LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 473, 476-A Y 481-A DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, A FIN DE FORTALECER EL PROCESO ESPECIAL POR COLABORACIÓN EFICAZ

reservará su identidad. El Juez valorará su declaración de conformidad con lo previsto en el numeral 2 del artículo 158.

4. Si el Juez aprueba el Acuerdo y las causas donde el colaborador es imputado se encuentran en diligencias preliminares, el Fiscal podrá archivar la investigación.
5. Si el Juez aprueba el Acuerdo y los procesos donde el colaborador es imputado se encuentran en investigación preparatoria, el Fiscal podrá no acusar al colaborador.
6. Si el Juez aprueba el Acuerdo y los procesos donde el colaborador es acusado se encuentran en juzgamiento, el Fiscal podrá retirar la acusación y en su caso, el Juez Penal Unipersonal o Colegiado estarán a lo resuelto en la sentencia por colaboración eficaz.
7. La sentencia de colaboración eficaz será oponible en cualquier estado del proceso, ante los órganos jurisdiccionales que son parte del Acuerdo de Beneficios y Colaboración Eficaz.

Artículo 481-A. Utilidad de la información en otros procesos

1. Los elementos de convicción recabados en las diligencias de corroboración podrán ser empleados para requerir medidas limitativas de derechos o medidas coercitivas en los procesos derivados o conexos al proceso especial de colaboración eficaz.
2. La declaración del colaborador también podrá ser empleada para dichos efectos, en cuyo caso se deberá cautelar su identidad, salvaguardando que la información utilizada no permita su identificación. En estos casos, deberá acompañarse de otros elementos de convicción, rigiendo el numeral 2 del artículo 158.
3. Cuando el requerimiento se sustente en varias declaraciones de postulantes a colaborador eficaz, estas serán valoradas solo si están corroboradas de manera independiente en su propia carpeta fiscal".

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

ÚNICA. Adecuación del reglamento

El Poder Ejecutivo, a propuesta del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la publicación de la presente norma, adecuará el reglamento del Decreto Legislativo 1301, Decreto Legislativo que modifica el Código Procesal Penal para dotar de eficacia al proceso especial por colaboración eficaz.



COMISIÓN DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

"Año del Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia"

DICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY 6623/2020-CR, EN VIRTUD DEL CUAL SE PROPONE LA LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 473, 476-A Y 481-A DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, A FIN DE FORTALECER EL PROCESO ESPECIAL POR COLABORACIÓN EFICAZ

Dese cuenta.
Sala de Comisiones
Lima, 5 de julio de 2021



Firmado digitalmente por:
LAZO VILLON Leslye Carol
FAU 20181740126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 14/07/2021 11:55:57-0500



Firmado digitalmente por:
MESIA RAMIREZ Carlos
Fernando FAU 20181740126 soft
Motivo: Soy el autor del documento.
Fecha: 14/07/2021 18:03:27-0500



Firmado digitalmente por:
RUBIO GARIZA Richard FAU
20181740126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 14/07/2021 13:38:31-0500



Firmado digitalmente por:
CHAVEZ COSSIO Martha
Gladys FIR 07980843 hard
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 14/07/2021 21:38:02-0500



Firmado digitalmente por:
CAYLLAHUA BARRIENTOS
WILMER FIR 09773748 hard
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 14/07/2021 22:01:58-0500



Firmado digitalmente por:
FABIAN DIAZ YESSY NELIDA
FIR 45369316 hard
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 15/07/2021 10:01:33-0500



Firmado digitalmente por:
GARCIA RODRIGUEZ
Jaqueline Cecilia FAU 20181740126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 14/07/2021 20:03:48-0500



Firmado digitalmente por:
ALIAGA PAJARES GUILLERMO
ALEJANDRO ANTONIO FIR 44078586 hard
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 15/07/2021 10:40:57-0500



Firmado digitalmente por:
CABRERA VEGA Maria Teresa
FAU 20181740126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 15/07/2021 10:49:50-0500

COMISIÓN DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

PERIODO ANUAL DE SESIONES 2020-2021

**ACTA DE LA NOVENA SESIÓN EXTRAORDINARIA
(SESIÓN VIRTUAL)
LUNES 5 DE JULIO DE 2021**

Presidida por la congresista María Teresa Cabrera Vega

A las 16 horas y 24 minutos, a través de la plataforma Microsoft Teams, se unen¹ a la sesión virtual los congresistas Omar Karim Chehade Moya, Carlos Fernando Mesía Ramírez, Cecilia García Rodríguez, Alberto De Belaunde De Cárdenas y César Gonzales Tuanama (miembros titulares), y Yessy Nélida Fabián Díaz, Wilmer Cayllahua Barrientos e Isaías Pineda Santos (miembros accesitarios).

Con el *quorum* reglamentario, la **PRESIDENTA** dio inicio a la sesión.

Seguidamente, puso en observación el acta de la trigésimo sexta sesión ordinaria, celebrada el miércoles 16 de junio de 2021; así como, las actas de la primera, tercera, cuarta y sexta sesión extraordinaria, celebradas el miércoles 12 de mayo, martes 29 de septiembre, lunes 7 de diciembre de 2020 y miércoles 9 de marzo de 2021, respectivamente.

Las actas fueron aprobadas por mayoría, sin observaciones.

"Votación de las actas de la trigésimo sexta sesión ordinaria y primera, tercera, cuarta y sexta sesión extraordinaria"

Congresistas que votaron a favor: Cabrera Vega, Chehade Moya, Rubio Gariza, Mesía Ramírez, García Rodríguez, De Belaunde De Cárdenas, Silva Santisteban Manrique y Gonzales Tuanama (miembros titulares) y Cayllahua Barrientos (miembro accesitario).

Congresista que se abstuvo: Fabián Díaz (miembro accesitario)".

—o0o—

I. ORDEN DEL DÍA

¹ Durante el desarrollo de la sesión se unieron a la plataforma de sesiones virtuales del Congreso los congresistas Rocío Yolanda Silva Santisteban Manrique, Richard Rubio Gariza, Martha Gladys Chávez Cossío y Guillermo Allaga Pajares (miembros titulares). De otro lado, con posterioridad a la sesión, los congresistas Leslye Carol Lazo Villón, Luis Andrés Roel Alva, Anthony Renson Novoa Cruzado, Perci Rivas Ocejo, Nelly Huamaní Machaca y Posemoscrowte Irrhoscopt Chagua Payano (miembros titulares) presentaron dispensa a la sesión.

A continuación, la **PRESIDENTA** anunció que ha sido invitado el señor Carlos Enrique Becerra Palomino, decano del Colegio de Notarios de Lima, con la finalidad de que brinde la opinión institucional respecto de la fórmula legal contenida en el Predictamen recaído en el Proyecto de Ley 7316/2020-CR, en virtud del cual se propone la Ley que modifica el artículo 853 del Código Civil, estableciendo que, en el caso de los bienes no inscritos en los Registros Públicos, la partición es aprobada con documento privado con firmas notarialmente legalizadas de los herederos que representen, como mínimo, el cincuenta por ciento (50%) de los derechos hereditarios.

Dicho esto, autorizó al secretario técnico para que permita unirse al invitado a la sala virtual de sesiones.

—o0o—

Se une a la sala virtual de sesiones el decano del Colegio de Notarios de Lima, señor Carlos Enrique Becerra Palomino.

—o0o—

Seguidamente, la **PRESIDENTA** dio la bienvenida, en nombre de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, al decano del Colegio de Notarios de Lima, señor Carlos Enrique Becerra Palomino, y le otorgó el uso de la palabra.

El **DECANO DEL COLEGIO DE NOTARIOS DE LIMA**, luego de destacar la intención loable del Proyecto de Ley 7316/2020-CR, consideró no adecuado por no contemplar la normativa establecida en el Código Civil, además de poder haber un cuestionamiento de índole constitucional por el solo hecho de que con una mayoría del cincuenta por ciento se pueda disponer de los bienes. Consideró indispensable que en estos procesos participen el cien por ciento de los copropietarios, condóminos o coherederos.

De otro lado, advirtió que la fórmula legal propuesta en el predictamen desnaturaliza el procedimiento de legalización de firmas a cargo del notario, que tiene por objeto verificar que la firma es auténtica y que pertenece a la persona que ha firmado en su presencia.

Otro aspecto que observó es que el notario con el documento privado no tiene la certeza de quiénes son todos los herederos por lo que haría más compleja su tramitación.

Sugirió que el procedimiento se realice a través del seguido para la escritura pública ya que en ese caso el notario tendría que comprometerse con el cumplimiento de criterios de legalidad; en ese sentido, recomendó que se incorpore a la Ley 26662, Ley de competencia notarial en asuntos no contenciosos, un nuevo procedimiento no contencioso que contemple esta situación para todos los casos, es decir para bienes inscritos y no inscritos, de manera tal que el notario pueda propiciar la repartición así no se tenga al cien por ciento de los coherederos, buscando siempre alcanzar un acuerdo, de esta forma se cubriría el objetivo que persigue el proyecto de ley, garantizándose los

derechos de todos los coparticipes. Con ese fin, anunció que, de considerarlo la Comisión, podrían presentar una iniciativa de ley.

Un aspecto a considerar fue el referido a la oposición que cualquiera de los coherederos podría plantear y que, conforme a la normativa vigente, el notario debe dar cuenta al Poder Judicial para que este resuelva. Al respecto, dejó abierta la posibilidad que se reforme la norma de manera tal que se establezca un procedimiento por el cual el notario pueda orientar a las personas asegurándose el derecho de todos los coherederos, concluyó.

No habiendo solicitado el uso de la palabra ningún señor congresista, la **PRESIDENTA** agradeció al decano del Colegio de Notarios de Lima por su presentación y lo invitó a retirarse de la sesión virtual en el momento que lo considerase oportuno.

—o0o—

Se retira de la sala virtual de sesiones el decano del Colegio de Notarios de Lima, señor Carlos Enrique Becerra Palomino.

—o0o—

A continuación, la **PRESIDENTA** anunció que han sido invitados los señores Gerald Paul Ronny Chata Bejar, representante del Ministerio de Cultura; y Wilfredo Ardito Vega y Raquel Zonia Yrigoyen Fajardo, especialistas en temas de interculturalidad, derechos humanos y pueblos indígenas, con la finalidad de que brinden la opinión institucional y especializada, según corresponda, sobre el Proyecto de Ley 6699/2020-CR, en virtud del cual se propone el reconocimiento pleno y registro de la personalidad jurídica de pueblos indígenas u originarios, y pueblos afroperuanos.

Dicho esto, autorizó al secretario técnico para que permita unirse a los invitados a la sala virtual de sesiones.

—o0o—

Se unen a la sala virtual de sesiones los señores Gerald Paul Ronny Chata Bejar, representante del Ministerio de Cultura; y Wilfredo Ardito Vega y Raquel Zonia Yrigoyen Fajardo, especialistas en temas de interculturalidad, derechos humanos y pueblos indígenas.

—o0o—

Seguidamente, la **PRESIDENTA** dio la bienvenida, en nombre de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, a los señores Wilfredo Ardito Vega y Raquel Zonia Yrigoyen Fajardo, especialistas en temas de interculturalidad, derechos humanos y pueblos indígenas, y Gerald Paul Ronny Chata Bejar, representante del Ministerio de Cultura, y le otorgó el uso de la palabra al primero de los nombrados.

El señor **WILFREDO ARDITO VEGA** expresó su preocupación respecto del objeto de la iniciativa de ley en comentario, en razón a que si bien las demandas de la población indígena y afroperuana son importantes se estaría generando una confusión que demandaría que se aclaren una serie de aspectos.

En primer lugar, se habla de pueblos afroperuanos pero cuáles son, dónde se encuentran, cuál es su identidad fueron algunas de las interrogantes que se planteó. En respuesta, dijo que, a la fecha, en todo su trabajo, sobre luchando contra la discriminación racial, no ha encontrado un pueblo afroperuano con requisitos objetivos y subjetivos a diferencia de las personas afroperuanas que sí hay, refirió.

Asimismo, señaló que no puede considerar que las rondas campesinas pertenezcan a un tipo de pueblo indígena, lo que sí dijo fue que las rondas campesinas tienen su origen en Cajamarca a través de pequeños grupos propietarios, no existe un pueblo rondero, afirmó.

Si bien existen en el Perú cerca de ocho millones de personas de ascendencia indígena y que muchos de ellos sufren discriminación, dijo que, en la mayoría de casos, no estamos ante lo que se consideran requisitos subjetivos, es decir a una identidad como pueblo.

Señaló que tienen identidad como pueblo los indígenas amazónicos, los shipibos, los awajún, entre otros, pero asumir que la población quechuahablante se identifica como integrante del pueblo quechua se trataría de una extrapolación de lo que efectivamente sucede entre los indígenas ecuatorianos o bolivianos pero que en el Perú aún no existe.

Más aun el proyecto de ley plantea una subordinación de las rondas campesinas y las comunidades a los pueblos originarios que sería como una especie de instancia superior, lo cual tendería a debilitarlas. Un detalle adicional —que identificó como un peligro— es que la propuesta sugiere también la aplicación del artículo 149 de la Constitución Política del Perú, sobre el ejercicio de las funciones jurisdiccionales y administración de justicia.

Dijo que el proyecto de ley si bien tiene una buena intención implicaría retirar de la administración de justicia estatal a la población afroperuana, a la población indígena, y lo que aparentemente es positivo, como es plantear sus demandas y reivindicaciones, termine siendo contradictorio.

Consideró que un proyecto de este tipo es inviable como señala el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y que, en todo caso, merecería una mayor discusión, sobre todo con la propia población indígena y afroperuana. Reiteró que por más que existan demandas específicas de sectores de estas poblaciones no se pueden extrapolar la demanda de la población indígena amazónica con la demanda de la población andina, de la población awajún o de la población afroperuana, concluyó.

La **PRESIDENTA** ofreció el uso de la palabra a los señores congresistas.

La congresista **SILVA SANTISTEBAN MANRIQUE** solicitó al invitado que precise cuáles serían los artículos en específico del proyecto de ley que considera deben ser revisados o si quizá supone que el problema en sí radica en equiparar a los pueblos afroperuanos con los pueblos indígenas y con las rondas campesinas o si en realidad el problema es mucho más amplio.

En respuesta, el señor **WILFREDO ARDITO VEGA** señaló que lo último dicho por la congresista Rocío Silva Santisteban Manrique considera que es lo más serio porque se trataría de una confusión de situaciones donde a la realidad de la población afroperuana se le busca un equivalente a la realidad de la población andina y de la población amazónica. De otro lado, dijo que plantear temas de personería jurídica para un pueblo quechua, por ejemplo, es algo que todavía es muy discutible, por cuanto lo consideró contradictorio con el propio principio de la autoidentificación que se formula en el proyecto de ley donde son las mismas personas las que deben así identificarse y no por el actuar o determinación de otros.

No habiendo solicitado el uso de la palabra ningún otro señor congresista, la **PRESIDENTA** agradeció al señor Wilfredo Ardito Vega por su presentación y lo invitó a retirarse de la sesión virtual en el momento que lo considerase oportuno.

—o0o—

Se retira de la sala virtual de sesiones el señor Wilfredo Ardito Vega.

—o0o—

Seguidamente, la **PRESIDENTA** otorgó el uso de la palabra a la señora Raquel Zonia Yrigoyen Fajardo.

La señora **RAQUEL ZONIA YRIGOYEN FAJARDO** discrepó con lo expresado por el señor Wilfredo Ardito Vega en razón de que, por la labor que realiza, ha podido acompañar en este proceso a las organizaciones y pueblos que han motivado la presentación de la iniciativa de ley en comentario.

Solicitó que la Comisión dictamine a favor del Proyecto de Ley 6699/2020-CR y expuso sus razones. En síntesis, porque responde a necesidades reales de los pueblos, también porque ha sido propuesto por las propias organizaciones de los pueblos andinos, amazónicos y afroperuanos y además porque ha sido materia de consulta en un proceso de consulta y consentimiento por parte de la Comisión de Pueblos Andinos antes de que se presente el proyecto de manera multipartidaria y antes de que la referida Comisión emita el dictamen favorable, arguyó.

Dijo que la iniciativa permitirá dar efectividad a los derechos de pueblos andinos, amazónicos y afroperuanos de todo el país que están pendientes de poderlos ejercer porque no ha sido posible que inscriban su personalidad jurídica como pueblos a la fecha.

Mencionó que la Ley del Ministerio de Cultura dispone que se debe coordinar con los gobiernos subnacionales o gobiernos regionales para que se complete el proceso de saneamiento físico-legal territorial de pueblos andinos, amazónicos y afroperuanos lo cual no se puede ejecutar a la fecha porque no es posible inscribir la personalidad jurídica de estos pueblos en los Registros Públicos. Dijo que el proyecto de ley está orientado a dar efectividad a esos derechos al crear un Registro donde se puedan inscribir estos pueblos andinos, amazónicos y afroperuanos, a lo que se agrega que a más de veintiséis años de ratificado el Convenio 169 de la OIT aún no es posible ese ejercicio de derechos porque no hay un solo pueblo que pueda tener inscrita su personalidad jurídica, acotó.

Otro aspecto que reseñó fue que también es objeto del proyecto de ley el que las rondas campesinas de nivel supralocal también se puedan registrar en los Registros Públicos. Reveló que a la fecha ya existe un libro de rondas pero solo para el nivel comunal o local, denominadas rondas de caseríos o centros poblados. Esto permitiría que las rondas campesinas de nivel distrital, provincial, regional y nacional puedan inscribirse, refirió.

Anunció que, de esta manera, el proyecto, al crear un registro de pueblos en los Registros Públicos, posibilitará que se puedan cumplir obligaciones que tiene el Estado peruano que son vinculantes desde hace más de veintiséis años.

Seguidamente, desarrolló en detalle cada uno de las razones expuestas como sustentación de su planteamiento a favor de la proposición de ley.

La **PRESIDENTA** ofreció el uso de la palabra a los señores congresistas.

La congresista **SILVA SANTISTEBAN MANRIQUE**, teniendo en consideración que la proposición de ley se ha gestado no a partir del trabajo de un gabinete de asesores si no como una propuesta de los propios pueblos indígenas, y siendo coherentes con la normativa de la OIT, consultó si no debería hacerse una consulta previa, tal como ocurrió con la que se dio previa a la aprobación de la Ley de Cambio Climático, la cual citó como precedente.

En respuesta, la señora **RAQUEL ZONIA YRIGOYEN FAJARDO** dijo que en este caso concreto la consulta ya ha sido hecha, incluso antes de presentarse el proyecto de ley, en un proceso que se inició en mayo de 2020 y culminó en noviembre del mismo año y que lideró el presidente de la Comisión de Pueblos Andinos del Congreso de la República, que concluyó con la aprobación de una fórmula legal que contó con el consentimiento de los representantes de las poblaciones indígenas, amazónicas y afroperuanas participantes. Posteriormente, para la presentación del proyecto de ley y luego para la aprobación del predictamen de la Comisión de Pueblos Andinos, el texto legal fue aprobado previamente por las poblaciones indígenas, amazónicas y afroperuanas consultadas.

Por su parte, la congresista **CHÁVEZ COSSÍO** observó el carácter preferencial que la Constitución Política le asigna a las comunidades campesinas y nativas diferenciándolas de las rondas campesinas, y que ahora, con la proposición de

ley, se pretende equiparar, cuando no son lo mismo. Consideró impropio el querer asimilar a las comunidades campesinas y nativas con las rondas campesinas. De otro lado, dijo que el Convenio 169 de la OIT, si bien habla de pueblos tribales con condiciones sociales, culturales y económicas distintas que los distingue de otros sectores de la colectividad nacional, no sugiere que en estos momentos se forme una comunidad campesina, pues estas se retrotraen a épocas ancestrales, en el caso del Perú, a anteriores a la conquista española, incluso señaló que la comunidad afroperuana no puede equipararse a una comunidad campesina, pues la raza negra llega al Perú con los españoles, ello, obviamente, sin desmerecer su aporte al folclore nacional, apuntó.

Cuestionó la explicación dada respecto de la consulta realizada a un número determinado de asociaciones, cuando estas no representan a todas las personas que constituyen una comunidad campesina o nativa, y que ello basta y sobra para dar por cumplido con esa exigencia normativa. Preciso que la consulta se realiza a los pueblos en su conjunto, no a grupos sectorizados con fines, campañas e ideologías políticas; eso —enfaticó— no es consulta previa.

En esa línea, solicitó que se convoque al señor Javier González-Olaechea Franco, en su calidad de especialista en la materia, al haber sido funcionario de la OIT, por tanto, un experto en lo que es la aplicación del Convenio 169 de la OIT.

En respuesta, la señora **RAQUEL ZONIA YRIGOYEN FAJARDO** coincidió con lo expresado por la congresista Martha Chávez Cossío, en el sentido de que no hay forma de equiparar a las comunidades campesinas con las rondas campesinas. Dijo que dentro de las comunidades campesinas las rondas son sus órganos de justicia no teniendo derecho de propiedad. Preciso que no es su pretensión asimilar los derechos de pueblos con comunidades y rondas, pero sí recordó que la Ley 27908 reconoce personalidad jurídica a las rondas campesinas, creándose el registro de rondas campesinas, asignándoles el reconocimiento de derechos de pueblos indígenas, de comunidades campesinas y nativas en lo que les corresponda y favorezca.

De otro lado, preciso que ya el legislador en la Ley que crea el Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano (INDEPA), así como en la Ley del Ministerio de Cultura y en algunas otras normas, ha equiparado derechos a los pueblos andinos, amazónicos y afroperuanos, por lo que tampoco sería un invento del proyecto de ley en comentario.

No habiendo solicitado el uso de la palabra ningún otro señor congresista, la **PRESIDENTA** agradeció a la señora Raquel Zonia Yrigoyen Fajardo por su presentación y la invitó a retirarse de la sesión virtual en el momento que lo considerase oportuno.

—o0o—

Se retira de la sala virtual de sesiones la señora Raquel Zonia Yrigoyen Fajardo.

—o0o—

En este estado, la **PRESIDENTA** anunció que el representante del Ministerio de Cultura, señor Gerald Paul Ronny Chata Bejar, se había retirado de la plataforma de sesiones virtuales por tener que atender otra reunión; no obstante, ha señalado que presentará su informe por escrito.

De otro lado, conforme a lo señalado por la congresista Martha Chávez Cossío, dispuso que se requiera un informe escrito al señor Javier González-Olaechea Franco, como experto en la materia.

Dicho esto, anunció que el Proyecto de Ley 6699/2020-CR seguiría el trámite de Reglamento.

—o0o—

A continuación, la **PRESIDENTA** anunció que se iniciaría el debate del Predictamen recaído en los Proyectos de Ley 1451/2016-CR y 3829/2018-PJ, en virtud del cual se propone la Ley que modifica los incisos 2 y 4 de los artículos 419 y 423, respectivamente, e incorpora el literal c) en el inciso 3 del artículo 425 del Código Procesal Penal, en lo relacionado con la condena del absuelto, para garantizar el derecho a la pluralidad de instancia del condenado.

Sobre el particular, precisó que la participación de los representantes del Poder Judicial realizada en la trigésimo sexta sesión ordinaria, celebrada el 16 de junio de 2021, tuvo por finalidad conocer, previamente, la posición institucional del Poder Judicial, sobre dicho predictamen; siendo que esta fue favorable dijo que procederá a la sustentación del predictamen correspondiente y su debate.

Al respecto, dio a conocer de manera descriptiva lo que acontece, al amparo del Código de Procedimientos Penales de 1940, cuando la primera instancia absuelve al procesado y el ente revisor considera que fue mal absuelto, entonces lo declara nulo para que se lleve a cabo nuevo juicio oral, pero en ese nuevo juicio oral, la primera instancia absuelve nuevamente, otra vez se declara nulo, así sucesivamente, todo ello porque el ente revisor no puede condenarlo directamente.

Dijo que la lógica del Código de Procedimientos Penales de 1940 tiene sustento en la pluralidad de instancia reconocido en la Constitución Política del Perú de 1979, así como en la de 1993, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. No obstante que la Convención y el Pacto son explícitos en señalar que todo condenado tiene derecho a que su condena sea revisado por un ente superior, alertó que si se otorga al ente revisor la posibilidad de condenar a alguien que ha sido absuelto en primera instancia, iría en contra de ambos documentos internacionales, pues el condenado ya no tendría la posibilidad de interponer un recurso para que un ente superior revise la condena.

Precisó que, ante la excesiva demora de los procesos penales por las sucesivas nulidades, los que generaban carga procesal y prescripción de las causas (generando la sensación de impunidad), la reforma procesal que culminó con el

Código Procesal Penal de 2004 otorgó facultades de condena al ente revisor cuando consideraba que el absuelto debía ser condenado. Dijo que esta opción legislativa tuvo muchas críticas, tanto es así que muchas Cortes Superiores optaron por no condenar al absuelto; la justificación es que el condenado no tendría un recurso idóneo para cuestionar la condena que recién se le había impuesto en segunda instancia.

Manifestó que, a nivel de la Corte Suprema, si bien existen sentencias casatorias que avalan la condena del absuelto, la casación es un recurso limitado, como tal no puede ser considerado un recurso idóneo para revisar la condena del absuelto; además expresó que la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, durante los últimos años, es que no se puede hacer uso de la condena del absuelto hasta que el Congreso establezca un recurso idóneo para la revisión de la condena en segunda instancia.

En ese sentido, dijo que es necesario establecer una instancia de revisión de las sentencias que condenan al absuelto, la misma que estará a cargo de las Salas Penales de Apelaciones, tal y como lo ha propuesto el Poder Judicial en su iniciativa de ley. Por ello, en el texto sustitutorio se propone que la instancia de revisión sea tramitada con las mismas reglas del recurso de apelación, con la finalidad de no afectar el diseño procesal de las apelaciones, argumentó.

Finalmente, recomendó la aprobación del predictamen.

Seguidamente, ofreció el uso de la palabra a los señores congresistas.

No habiendo solicitado la palabra ningún congresista, dio el tema por debatido y, tras disponer que se verifique el *quorum*², sometió a votación el predictamen sustentado.

El predictamen fue aprobado por unanimidad de los presentes.

"Votación del Predictamen recaído en los Proyectos de Ley 1451/2016-CR y 3829/2018-PJ"

Congresistas que votaron a favor: Cabrera Vega, Chehade Moya, Rubio Gariza, Chávez Cossío, Mesía Ramírez, García Rodríguez y Silva Santisteban Manrique (miembros titulares) y Fabián Díaz y Cayllahua Barrientos (miembros accesorios)".

—o0o—

A continuación, la **PRESIDENTA** anunció que se iniciaría el debate del Predictamen recaído en el Proyecto de Ley 6623/2020-CR, en virtud del cual se propone la Ley que modifica los artículos 473, 476-A y 481-A del Código Procesal Penal, a fin de fortalecer el proceso especial por colaboración eficaz.

² Contestaron al llamado de asistencia los siguientes congresistas: María Teresa Cabrera Vega, Omar Karim Chehade Moya, Richard Rubio Gariza, Martha Gladys Chávez Cossío, Carlos Fernando Mesía Ramírez, Cecilia García Rodríguez, Rocío Yolanda Silva Santisteban Manrique (miembros titulares), y Yessy Nélida Fabián Díaz y Wilmer Cayllahua Barrientos (miembros accesorios).

Como parte de la sustentación del predictamen, recordó que el proceso de colaboración eficaz es un procedimiento de naturaleza especial, distinto a los tradicionalmente conocidos, con características singulares de inicio, tramitación, acuerdo y aprobación judicial mediante la expedición de una sentencia judicial.

Señaló que la normativa vigente no establece formalidades estrictas para el inicio del procedimiento de colaboración eficaz, puesto que no exige la presencia del abogado defensor en las entrevistas entre postulante y el fiscal, este solo acto es inaceptable porque podría afectar el derecho de defensa del postulante y la tramitación del procedimiento, acotó.

Del mismo modo, precisó que la normativa actual no prevé la participación del Fiscal Superior Coordinador en la declaración del postulante a colaborador eficaz. Al respecto, dijo que, si bien no es obligatoria su participación, se debe considerar que su presencia constituye un paso hacia adelante en la eficacia del proceso de colaboración eficaz, dado que con la participación del Fiscal Superior Coordinador se mostraría que el Ministerio Público está comprometido con la averiguación de la verdad.

De otro lado, advirtió que actualmente tampoco es obligatoria la suscripción de un Convenio Preparatorio, sino que es facultativo. Consideró que dicha omisión podría suponer un supuesto de indefensión respecto del postulante, debido a posibles desconocimientos de los términos del acuerdo por parte del Fiscal. Por ello, se propone que la suscripción de los términos del Acuerdo Preparatorio sea obligatoria, anotó.

Advirtió también que actualmente las declaraciones del postulante a colaborador eficaz solo son perennizadas mediante la suscripción de actas sin recurrir a los medios audiovisuales, en esa línea, consideró que aquellas deben ser perennizadas en dichos medios a fin de poder ser utilizada en caso de inconcurrencia del colaborador al juicio oral.

Manifestó que otro de los cambios significativos contenidos en la propuesta legislativa es la introducción de un plazo para la realización de los actos de corroboración. Dijo que si se parte de la premisa de que el postulante a colaborador eficaz en su declaración debe indicar dónde se encuentran los medios probatorios (incluso él mismo los puede proporcionar) que corroboren su versión, entonces se puede concluir que el procedimiento de colaboración debe ser lo más expedito posible. Siendo así la introducción de los plazos en este proceso coadyuvaría a su celeridad, sentenció.

De otro lado, reveló que el descubrimiento de la falsedad de la información proporcionada por el postulante a colaborador eficaz, incluso si el acuerdo ya está aprobado judicialmente, no tiene hoy una consecuencia jurídica expresamente regulada; por ello, se está proponiendo que, frente al descubrimiento de la falsedad de la información por parte del colaborador, la consecuencia jurídica aplicable sea la revocatoria de los beneficios otorgados cuando así lo considere el fiscal.

Asimismo, en cuanto a la valoración de las declaraciones de los postulantes a colaborador eficaz por parte del juez en audiencias sobre medidas de coerción personal (prisión preventiva), dijo que la actual redacción del código no tiene una regulación expresa; por ello, se propone exigir que el Juez Penal, previamente a la valoración de las declaraciones de los postulantes, deba verificar que cada una de ellas haya sido objeto de corroboración, de manera independiente, en su propia carpeta fiscal, acotó.

De otro lado, precisó que el artículo 476-A del Código Procesal Penal permite que el fiscal no acuse cuando la causa está formalizada al aprobarse judicialmente el acuerdo, entonces lo que corresponde es que el fiscal también pueda archivar el caso cuando este se encuentre en diligencias preliminares. Si bien este supuesto se desprende de la redacción del mencionado artículo, corresponde que lo esté expresamente, refirió.

Asimismo, dijo que las categorías de "postulante a colaborador" y de "colaborador" son distintas y tienen consecuencias jurídicas diferentes; por ello, es necesario distinguirlas. En virtud de ello, se propone la modificación del artículo 473 del Código Procesal Penal, de forma tal que la persona sometida a un proceso de colaboración eficaz se la denomine "postulante", ya que mientras no exista acuerdo aprobado judicialmente no se la puede calificar como colaborador eficaz.

Finalmente, recomendó la aprobación del predictamen.

Dicho esto, ofreció el uso de la palabra a los señores congresistas.

La congresista **CHÁVEZ COSSÍO** indagó respecto a que si se han recibido las opiniones técnicas del Poder Judicial y del Ministerio Público.

En respuesta, la **PRESIDENTA** precisó que se trata de un tema que ya se encuentra regulado y lo que se quiere es simplemente adecuar los términos, definiciones y plazos para identificar y diferenciar al colaborador eficaz del postulante a colaborador.

Seguidamente, no habiendo solicitado la palabra ningún otro congresista, dio el tema por debatido y sometió a votación el predictamen sustentado.

El predictamen fue aprobado por mayoría.

"Votación del Predictamen recaído en el Proyecto de Ley 6623/2020-CR

Congresistas que votaron a favor: Cabrera Vega, Rubio Gariza, Chávez Cossío, Mesía Ramírez, García Rodríguez y Aliaga Pajares (miembros titulares) y Fabián Díaz³ y Cayllahua Barrientos (miembros accesorios).

Congresista que se abstuvo: Silva Santisteban Manrique (miembro titular)".

³ Por fallas técnicas con el audio de su equipo de cómputo, la congresista Yessy Nérida Fabián Díaz registró su voto a favor del predictamen a través del chat de la plataforma de sesiones virtuales, de lo que el secretario técnico dio cuenta durante la votación.

—o0o—

II. CIERRE DE LA SESIÓN

A continuación, la **PRESIDENTA** sometió a votación la aprobación del Acta de la presente sesión con dispensa de su lectura.

Previo a ello dispuso que se tome asistencia para computar el *quorum*⁴.

No contándose con el *quorum* de Reglamento, levantó la sesión.

Eran las 18 horas y 45 minutos.

.....
LESLYE CAROL LAZO VILLÓN
PRESIDENTA
COMISIÓN DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

.....
MARÍA TERESA CABRERA VEGA
SECRETARIA
COMISIÓN DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Por disposición de la Presidencia, la transcripción de la versión magnetofónica de la Novena Sesión



Extrado digitalmente por:
LAZO VILLÓN Leslie Carol
que elabora el Área de Transcripciones del Congreso de la República, es parte integrante de la presente Acta.
CABRERA VEGA María Teresa
FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 15/07/2021 11:50:47-0500



Extrado digitalmente por:
CABRERA VEGA María Teresa
FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 15/07/2021 10:56:41-0500

⁴ Contestaron al llamado de asistencia los siguientes congresistas: María Teresa Cabrera Vega, Richard Rubio Garíza, Martha Gladys Chávez Cossío, Carlos Fernando Mesía Ramírez, Cecilia García Rodríguez, Rocio Yolanda Silva Santisteban Manrique (miembros titulares), y Wilmer Cayllahua Barrientos (miembro accesorio).

3. RESOLUCIONES.

-Sentencia 602/2021 (Expediente N^a 00258-2019-PHC/TC Lima – Francisco Morles Bermudes).

- Resolución N^a 0224-2011-ROP/JNE, de fecha 28 de noviembre de 2011.

-Resolución N^a 0224-2011-ROP/JNE, de fecha 28 de noviembre de 2011.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno. Sentencia 602/2021

EXP. N.º 00258-2019-PHC/TC
LIMA
FRANCISCO MORALES BERMÚDEZ
CERRUTTI

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 18 de mayo de 2021, se consideró aplicar lo previsto en el artículo 10-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, el que, entre otros aspectos, establece que el Presidente del Tribunal Constitucional cuenta con el voto decisorio para las causas en las que se produzca un empate en la votación, y que cuando por alguna circunstancia el Presidente no pudiese intervenir, el voto decisorio recae en el Vicepresidente. Así entonces, la sentencia se encuentra conformada por los votos de los magistrados Ferrero Costa, Blume Fortini y Sardón de Taboada, que resuelven:

Declarar **FUNDADA** la demanda y, en consecuencia, **NULO** todo acto de investigación fiscal o judicial contra el recurrente, referido a los hechos ocurridos en el año 1980 y vinculados a la "Operación Cóndor".

Por su parte, los magistrados Miranda Canales (con fundamento de voto), Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera (ponente) votaron por declarar improcedente la demanda.

Sin la participación de la magistrada Ledesma Narváez, por abstención aprobada el 11 de julio de 2019.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza los votos antes mencionados, y que los magistrados intervinientes firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SS.

FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00258-2019-PHC/TC
LIMA
FRANCISCO MORALES BERMÚDEZ
CERRUTTI

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el debido respeto por mis colegas magistrados, me adhiero al voto singular del magistrado Sardón de Taboada que declara **FUNDADA** la demanda por las razones que allí se indica.

S.

FERRERO COSTA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00258-2019-PHC/TC
LIMA
FRANCISCO MORALES BERMÚDEZ
CERRUTTI

VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Emito el presente voto, adhiriéndome al voto singular del magistrado Sardón de Taboada, por los fundamentos que en él se expresan y a los cuales me remito como parte del presente voto. En tal sentido, mi voto es porque se declare **FUNDADA** la demanda y, en consecuencia, nulo todo acto de investigación fiscal o judicial contra el recurrente, referido a los hechos ocurridos en el año 1980 y vinculados a la “Operación Cóndor”.

Lima, 2 de marzo de 2021.

S.

BLUME FORTINI



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00258-2019-PHC/TC
LIMA
FRANCISCO MORALES BERMÚDEZ
CERRUTTI

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Con el debido respeto por mis colegas magistrados, discrepo con lo resuelto en este caso por lo siguiente:

En autos, se cuestiona la investigación preliminar que se sigue contra el expresidente de la República Francisco Morales Bermúdez Cerrutti, pues se habría vulnerado el derecho a ser juzgado en un plazo razonable (Ingreso 33-2009). Asimismo, se alega que el Primer Juzgado Penal Nacional, en el marco de la tramitación del proceso penal 115-2016, estaría amenazando sus derechos fundamentales.

La ponencia señala que al formalizar el Ministerio Público denuncia penal contra el recurrente, el 15 de junio de 2016, imputándole ser el presunto autor del delito de secuestro —el que ha sido calificado como una grave violación de derechos humanos—, la investigación preliminar ya ha concluido. Sin embargo, los hechos imputados (“Plan Cóndor”) ocurrieron el año 1980, los que a la fecha, conforme a los plazos más largos previstos en la legislación penal peruana, ya han prescrito. El cuarto párrafo del artículo 80 del Código Penal 1991, refiere que

La prescripción no será mayor a veinte años. Tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua se extingue la acción penal a los treinta años.

La posibilidad de sancionar hechos ocurridos el año 1980, incluso considerando el plazo de prescripción más largo, solo existía hasta el año 2015. En este caso, la denuncia penal del Ministerio Público ha sido formalizada el año 2016, esto es, cuando dicho plazo ya había vencido.

De otro lado, calificar los hechos como una grave violación de los derechos humanos, para que sean imprescriptibles, no tiene sustento ni en el derecho interno ni en el derecho internacional. En el primer caso, los únicos supuestos de imprescriptibilidad son los señalados en el artículo 88-A del Código Penal, conforme a la reforma hecha mediante la Ley 30838, publicada el 4 de agosto de 2018. En el segundo, el año 1980 el Perú no tenía suscrito un tratado en ese sentido. Recién el 2003, el Congreso de la República, a través de la Resolución Legislativa 27998, aprobó la adhesión del Perú a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de Naciones Unidas, de 1968, efectuando una reserva sobre su carácter retroactivo. Si el Congreso no hubiese efectuado tal reserva, esta aprobación de la Convención se habría tenido que votar dos veces, requiriéndose una mayoría calificada de dos tercios, puesto que hubiera implicado una reforma del artículo 103º de la Constitución, que establece el principio de irretroactividad de las normas.

Ciertamente, el Tribunal Constitucional, en la sentencia emitida en el Expediente 0024-2010-PI/TC, de 21 de mayo de 2011, hizo una interpretación mediante la cual declaró inconstitucional la mencionada reserva, fundamentándose en el *ius cogens* y el “derecho



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00258-2019-PHC/TC
LIMA
FRANCISCO MORALES BERMÚDEZ
CERRUTTI

a la verdad”. Sin embargo, el Tribunal hizo ello porque ya habían vencido los seis años que tiene para declarar inconstitucional una ley. De hecho, el fundamento 78 lamentó que “el Tribunal Constitucional no pueda expulsar del orden jurídico” la reserva, “pues se encuentra fuera del plazo previsto en el artículo 100º del CPCo”. Entonces, forzando lo dispuesto por el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el Tribunal recurrió a efectuar una interpretación vinculante como sustituto de la declaración de inconstitucionalidad. Este proceder significó pretender efectuar una reforma constitucional. No obstante, el procedimiento para efectuar una reforma constitucional está determinado por el artículo 206º de la Constitución. El Tribunal Constitucional no puede desconocer este procedimiento, abusando de su condición de intérprete de la Constitución, ya que ello implica transgredir el principio de separación de poderes.

Por estas razones, me aparto de lo resuelto en la ponencia, que pretende desconocer que en el caso del demandante ha operado la prescripción de la acción penal.

Por tanto, estimo que la demanda de *habeas corpus* se debe declarar **FUNDADA** y, en consecuencia, **NULO** todo acto de investigación fiscal o judicial contra el recurrente, referido a los hechos ocurridos en el año 1980 y vinculados a la “Operación Cóndor”.

S.

SARDÓN DE TABOADA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00258-2019-PHC/TC
LIMA
FRANCISCO MORALES BERMÚDEZ
CERRUTTI

VOTO DE LOS MAGISTRADOS MIRANDA CANALES, RAMOS NÚÑEZ Y ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Luis Gilberto Vargas Valdivia, abogado de don Francisco Morales Bermúdez Cerruti, contra la resolución de fojas 986, de fecha 16 de noviembre de 2018, expedida por la Primera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de *habeas corpus* de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 25 de agosto de 2014, don Francisco Morales Bermúdez Cerruti interpone demanda de *habeas corpus* contra la fiscal de la Primera Fiscalía Penal Supraprovincial, doña Edith Alicia Chamorro Bermúdez. Solicita que se ordene a la fiscal demandada resolver la investigación preliminar seguida en su contra, según el estado en el que se encuentre (Ingreso 33-2009). Invoca la vulneración de los derechos al plazo razonable, a la interdicción de la arbitrariedad y al debido proceso.

Alega que la investigación fiscal seguida contra el actor se ha dilatado hasta tornarse en indefinida, pues cuenta con cinco años en el mismo estado investigatorio y aún no ha resuelto su situación jurídica. Refiere que, en julio de 2009, presentó una carta ante la fiscal de la Nación, a fin de que se investigue al actor por hechos relacionados con el Plan Cóndor. Sin embargo, la fiscalía demandada, mediante disposición de fecha 7 de enero de 2010, dispuso el archivo de la investigación en su contra con el indicativo de que los hechos eran investigados en la República italiana. Consecuentemente, la Primera Fiscalía Superior Nacional estimó la queja de derecho que el actor interpuso contra el archivamiento de la investigación, por lo que la fiscalía demandada, mediante resolución de fecha 29 de setiembre de 2010, dispuso abrir investigación preliminar en su contra.

Afirma que la fiscalía demandada ha dictado sendas disposiciones de continuación de la investigación preliminar sin que indique el plazo de la ampliación de dicha investigación, por lo que el actor a la fecha cuenta con una investigación que no tiene un avance significativo ni resuelve su situación jurídica.

El Vigésimo Octavo Juzgado Penal de Lima, con fecha 26 agosto de 2014, declaró la improcedencia liminar de la demanda, en aplicación de la causal de improcedencia contenida en el artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional. Estima que las actuaciones del Ministerio Público son postulatorias y, en ningún caso, decisorias sobre lo que la judicatura resuelva en cuanto a la imposición de las medidas coercitivas de la libertad personal, por lo que lo demandado no está referido en forma directa al contenido



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00258-2019-PHC/TC
LIMA
FRANCISCO MORALES BERMÚDEZ
CERRUTTI

constitucionalmente protegido por el derecho invocado. Agrega que la fiscalía demandada, mediante disposición de fecha 18 de julio de 2014, ha establecido el plazo de 180 días como límite material y temporal para culminar las diligencias pendientes. Finalmente, enfatiza que el recurrente no ha precisado cuál sería la restricción de su derecho a la libertad personal vinculado al sometimiento a la cuestionada investigación fiscal.

La Primera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 20 de noviembre de 2014, confirmó el rechazo liminar de la demanda. Considera que los hechos y fundamentos de la demanda no están referidos al contenido constitucionalmente protegido de la libertad personal. Señala que, con fecha 9 de setiembre de 2010, la Primera Fiscalía Superior Nacional ordenó el inicio de la investigación penal y que esta se ha prolongado porque el Ministerio Público no planificó con antelación las diligencias pertinentes para el esclarecimiento de los hechos.

El Tribunal Constitucional, mediante auto de fecha 17 de enero de 2017, declaró la nulidad de los actuados y dispuso la admisión a trámite de la demanda (Expediente 00727-2015-PHC/TC). Se determinó que las instancias judiciales del *habeas corpus* rechazaron la demanda sin pronunciarse sobre el extremo referido a la presunta vulneración del plazo razonable de la investigación en sede fiscal, por lo que se debe emitir el pronunciamiento constitucional que corresponda. Asimismo, se señaló que la posibilidad de que la judicatura constitucional realice el control de las actuaciones del Ministerio Público tiene su sustento, entre otros supuestos, en la garantía y en el pleno respeto del derecho del plazo razonable de la investigación fiscal. Esta, en determinados casos, comporta una seria afectación a la libertad personal al compeler la libertad de locomoción del actor, lo cual se debe apreciar en el caso por caso.

El Vigésimo Octavo Juzgado Penal de Lima, con fecha 14 de diciembre de 2017, dictó el auto de admisión a trámite de la demanda (folio 146).

El procurador público a cargo de la defensa jurídica del Ministerio Público solicita que la demanda sea declarada improcedente. Señala que el demandante ha omitido fundamentar de qué manera la supuesta vulneración de los derechos invocados incide en el derecho a la libertad personal. Asevera que la investigación preliminar no afecta el derecho a la libertad personal, ya que el fiscal no decide, sino que requiere que el órgano judicial juzgue. Agrega que en el caso no existe conexidad entre la presunta vulneración al debido proceso respecto del derecho a la libertad personal (folio 364).

La fiscal de la Primera Fiscalía Penal Supraprovincial, doña Edith Alicia Chamorro Bermúdez, señala que se debe considerar que las diligencias preliminares de investigación ya concluyeron con la expedición del escrito de formalización de denuncia



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00258-2019-PHC/TC
LIMA
FRANCISCO MORALES BERMÚDEZ
CERRUTTI

penal de fecha 15 de junio de 2016. Por ello, la demanda debe ser declarada improcedente al haber operado la sustracción de la materia por cese de la presunta vulneración del derecho invocado (folio 580).

El recurrente, a través del escrito de fecha 25 de julio de 2018, amplió la demanda a fin de comprender al juez del Primer Juzgado Penal Nacional, don Rafael Martín Martínez Vargas. Se alega que la vulneración del derecho al plazo razonable del recurrente ya no se encuentra en la competencia del representante del Ministerio Público, sino del mencionado juzgado, en la medida en que la denuncia penal ha sido formalizada (folio 773).

El Vigésimo Octavo Juzgado Penal de Lima, mediante la resolución de fecha 30 de julio de 2018, amplió el auto de admisorio y comprendió como demandado al citado juez penal (folio 784).

El juez del Primer Juzgado Penal Nacional, don Rafael Martín Martínez Vargas, mediante escrito de fecha 14 de agosto de 2018, solicita que la demanda sea declarada improcedente. Señala que su despacho se abocó al conocimiento del proceso del recurrente, en mérito a la resolución de vista que declaró la nulidad del auto de no haber lugar a la apertura de instrucción emitido por el Segundo Juzgado Penal Nacional. Refiere que, una vez saneado el procedimiento previo, se programó la audiencia de presentación de cargos y que, posteriormente, esta se reprogramó para el 29 de agosto de 2018, la cual contó con la aprobación y el consentimiento de la defensa del recurrente. En este contexto, se aprecia que no se ha vulnerado el derecho al plazo razonable.

El Vigésimo Octavo Juzgado Penal de Lima, con fecha 4 de setiembre de 2018, declaró infundada la demanda. Estima que en el caso no se aprecia retraso o dilación indebida. Concluye en señalar que no se advierte existencia de perturbación, obstáculo o incomodidad de la libertad personal o de locomoción del demandante. Agrega que, incluso, el requerimiento fiscal de la medida coercitiva personal ha sido la medida de comparecencia del investigado.

La Primera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 16 de noviembre de 2018, confirmó la resolución que declaró infundada la demanda. Considera que no se aprecian prolongaciones indebidas respecto de los hechos investigados y que, con fecha 15 de junio de 2016, la Primera Fiscalía Penal Supraprovincial ha formalizado denuncia penal contra el recurrente. Con ello, finalizan las investigaciones llevadas a cabo por el Ministerio Público.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00258-2019-PHC/TC
LIMA
FRANCISCO MORALES BERMÚDEZ
CERRUTTI

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda es que en sede constitucional se disponga que la Primera Fiscalía Penal Supraprovincial emita el pronunciamiento que finalice la investigación preliminar que sigue a don Francisco Morales Bermúdez Cerruti (caso fiscal denominado Ingreso 33-2009), puesto que vulneraría su derecho al plazo razonable. Asimismo, se alega que este derecho del actor vendría siendo afectado por el juez del Primer Juzgado Penal Nacional, en el marco de la tramitación del proceso penal 115-2016-0.

Análisis del caso

2. En su artículo 200, inciso 1, la Constitución establece expresamente que el *habeas corpus* procede cuando se vulnera o amenaza el derecho a la libertad personal o sus derechos constitucionales conexos. Ello implica que, para que el *habeas corpus* proceda, el hecho denunciado de inconstitucional necesariamente debe redundar en una afectación negativa, real, actual, directa y concreta en el derecho a la libertad personal. Así, conforme a lo establecido por el artículo 1 del Código Procesal Constitucional, la finalidad del proceso constitucional de *habeas corpus* es reponer el derecho a la libertad personal del agraviado.
3. Por consiguiente, si los hechos denunciados vía el *habeas corpus* no manifiestan un agravio concreto en el derecho a la libertad personal del presunto agraviado, corresponde que la demanda sea desestimada en aplicación de la causal de improcedencia contenida en el artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional que establece lo siguiente: “No proceden los procesos constitucionales cuando: [...] los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”.
4. El Tribunal Constitucional, a través de su reiterada y constante jurisprudencia, venía indicando que, si bien es cierto que la actividad del Ministerio Público en la investigación preliminar del delito, al formalizar la denuncia, al emitir la acusación fiscal o al requerir la restricción del derecho a la libertad personal, se encuentra vinculada al principio de interdicción de la arbitrariedad y al debido proceso, también lo es que dicho órgano autónomo no tiene, en general, facultades coercitivas para restringir o limitar la libertad personal. Partiendo de tales premisas, muchas de las demandas de *habeas corpus* en las que se denunció la violación de derechos constitucionales conexos sin que tengan incidencia negativa en el derecho a la libertad personal fueron declaradas improcedentes por este Tribunal.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00258-2019-PHC/TC
LIMA
FRANCISCO MORALES BERMÚDEZ
CERRUTTI

5. En relación con el caso de autos, en la resolución recaída en el Expediente 03313-2011-PHC/TC, este Tribunal ha señalado que la duración excesiva de una investigación preliminar puede resultar vulneratoria del derecho a la libertad personal, no porque se aduzca que aflige al investigado (alegación subjetiva) o que la investigación fiscal eventualmente pueda provocar que el juzgador restrinja su derecho a la libertad personal, sino porque aquella pueda manifestar la perturbación de su derecho de locomoción. En este sentido, se indicó que la posibilidad de que la judicatura constitucional realice el control de las actuaciones del Ministerio Público tiene su sustento, entre otros supuestos, en la alegada vulneración del derecho al plazo razonable de la investigación fiscal. Esta, en determinados casos, puede comportar una seria afectación al derecho a la libertad personal del investigado por compeler a su derecho de libertad de locomoción, lo cual debe ser apreciado en cada caso concreto.
6. En la resolución recaída en el Expediente 03782-2012-PHC/TC, este Tribunal puntualizó que las demandas que denuncien la afectación al plazo razonable de la investigación fiscal y que sustenten la concurrencia de perturbaciones al ejercicio del derecho a la libertad personal o del derecho de locomoción del investigado serán susceptibles de ser analizadas a través del *habeas corpus* restringido, puesto que dichas demandas superarían la causal de improcedencia contenida en el artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional a efectos de su examen constitucional.
7. Ahora bien, en la sentencia de Pleno recaída en el Expediente 00302-2014-PHC/TC, el Tribunal Constitucional precisó que la imposición de las medidas que restringen o limitan la libertad individual es típica de los jueces, y que, por lo general, los actos del Ministerio Público no suponen una incidencia negativa directa y concreta en la libertad personal. Por ello, no corresponde realizar el control constitucional de las actuaciones de los fiscales a través del proceso de *habeas corpus* en los casos en que únicamente se alegue la amenaza o violación de los derechos constitucionales conexos, tales como del debido proceso, del plazo razonable, *ne bis in idem*, de defensa, etc.
8. En la mencionada sentencia, se enfatizó que la procedencia del *habeas corpus* está condicionada a que la amenaza o violación del derecho conexo constituya una afectación negativa, directa y concreta en el derecho a la libertad personal. Lo expuesto, sin embargo, no puede ser entendido en términos absolutos. Según la nueva legislación procesal penal, es posible que el representante del Ministerio Público pueda, en determinados casos concretos, restringir o limitar la libertad personal, sin que por ello se convierta en una facultad típica del fiscal. En tales supuestos, sí procedería realizar el control de constitucionalidad del cuestionado acto a través del proceso de *habeas corpus*.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00258-2019-PHC/TC
LIMA
FRANCISCO MORALES BERMÚDEZ
CERRUTTI

9. Finalmente, se indicó que lo anteriormente expuesto no implica que las demandas dirigidas contra actuaciones fiscales en las que se alegue la amenaza o violación de los derechos al plazo razonable, *ne bis in idem*, de defensa, etc., no cuenten con un proceso constitucional que pueda tutelar y controlar la alegada vulneración de los mencionados derechos. Así, para tal efecto, una vez agotados los medios internos que permitan revertir la decisión fiscal cuestionada, se puede acudir al proceso de amparo, respetando la normatividad de dicho proceso constitucional.
10. En el presente caso, en cuanto a la alegada afectación del derecho al plazo razonable del recurrente en sede fiscal, se tiene la pretensión de que se disponga que la Primera Fiscalía Penal Supraprovincial emita el pronunciamiento que concluya la investigación preliminar seguida en su contra, pues aquella no habría resuelto la situación jurídica del actor.
11. Al respecto, la Primera Fiscalía Penal Supraprovincial, mediante la resolución fiscal de fecha 15 de junio de 2016, formalizó denuncia penal contra el recurrente como presunto autor mediato del delito de secuestro, considerado como grave violación de derechos humanos (folio 153), por lo que la investigación preliminar seguida en su contra en sede fiscal ha concluido.
12. En consecuencia, siendo la finalidad de los procesos constitucionales (entre ellos el *habeas corpus*), conforme a lo establecido en el artículo 1 del Código Procesal Constitucional, reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación del derecho a la libertad personal o sus derechos constitucionales conexos, en el presente caso carece de objeto emitir pronunciamiento de fondo respecto de los hechos que en su momento sustentaron la postulación de la demanda (25 de agosto de 2014), puesto que ha operado la sustracción de la materia.
13. En efecto, conforme a lo señalado en el fundamento 11 *supra*, la cuestionada investigación preliminar seguida contra el recurrente, a la fecha, ha concluido. La indefinición de su situación jurídica en sede fiscal —alegada en los hechos de la demanda— ha sido determinada a través de la citada resolución fiscal que formalizó denuncia penal en su contra. Por consiguiente, este extremo de la demanda debe ser declarado improcedente.
14. Finalmente, en cuanto a la alegada afectación del derecho al plazo razonable del proceso penal 115-2016-0, que se sigue contra el recurrente ante el Primer Juzgado Penal Nacional, este Tribunal advierte que dicho órgano judicial, mediante auto de procesamiento de fecha 13 de setiembre de 2018, abrió el proceso penal contra el recurrente en la vía ordinaria y bajo el mandato de comparecencia simple (folio 949). Por consiguiente, este extremo de la demanda también debe ser desestimado, toda vez que la alegada vulneración del derecho al plazo razonable del proceso en sede judicial



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00258-2019-PHC/TC
LIMA
FRANCISCO MORALES BERMÚDEZ
CERRUTTI

no incide en una afectación negativa, directa y concreta en el derecho a la libertad personal.

15. Ahora bien, y sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal considera que no debe perderse de vista que este caso, en la medida que involucra delitos que en la sede ordinaria han sido considerados como graves violaciones de los derechos humanos, los cuales se encuentran relacionados con la llamada “Operación Cóndor” (en la que habrían participado diversas dictaduras militares de América del Sur entre los años setenta y ochenta). En dicho marco, se está buscando establecer responsabilidades respecto de graves crímenes cometidos contra los derechos humanos, supuestamente con aval de los gobiernos y procurando la impunidad de los responsables, por lo que, siendo ese el caso, los casos relacionados con dichos hechos pueden ser considerados como *asuntos complejos*, lo cual, como ha sido indicado por este Tribunal Constitucional, debe tenerse en cuenta al momento de evaluar cualquier posible demora en el plazo de investigación y juzgamiento (Cfr. Sentencias 00295-2012-PHC y 1006-2016-PHC).
16. En efecto, tal como ha indicado este Tribunal Constitucional, un criterio a tomar en cuenta para determinar si ha existido un eventual exceso, que pueda considerarse como una trasgresión al derecho a un plazo razonable, es “La complejidad del asunto, en el que se consideran factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los hechos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de un determinado asunto resulta particularmente complicada y difícil” (Sentencia 01006-2016-PHC, fundamento 11; cfr. Sentencias 04144-2011-PHC y 00295-2012-PHC);”
17. En relación con los hechos relacionados con la denominada “operación Cóndor”, y los derechos humanos que fueron violados en dicho marco, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas oportunidades y de manera detalla. Así, por ejemplo, ha dejado establecido en el caso *Goiburú y otros vs. Paraguay* que:

La mayoría de los gobiernos dictatoriales de la región del Cono Sur asumieron el poder o estaban en el poder durante la década de los años setenta, lo que permitió la represión contra personas denominadas como “elementos subversivos” a nivel interestatal. El soporte ideológico de todos estos regímenes era la “doctrina de seguridad nacional”, por medio de la cual visualizaban a los movimientos de izquierda y otros grupos como “enemigos comunes” sin importar su nacionalidad. Miles de ciudadanos del Cono Sur buscaron escapar a la represión de sus países de origen refugiándose en países fronterizos. Frente a ello, las dictaduras crearon una estrategia común de “defensa”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00258-2019-PHC/TC
LIMA
FRANCISCO MORALES BERMÚDEZ
CERRUTTI

En este marco, tuvo lugar la llamada “Operación Cóndor”, nombre clave que se dio a la alianza que unía a las fuerzas de seguridad y servicios de inteligencia de las dictaduras del Cono Sur en su lucha y represión contra personas designadas como “elementos subversivos”. Las actividades desplegadas como parte de dicha Operación estaban básicamente coordinadas por los militares de los países involucrados. Dicha Operación sistematizó e hizo más efectiva la coordinación clandestina entre “fuerzas de seguridad y militares y servicios de inteligencia” de la región [...] Para que la Operación Cóndor funcionara era necesario que el sistema de códigos y comunicaciones fuera eficaz, por lo que las listas de “subversivos buscados” eran manejadas con fluidez por los distintos Estados.

[...] Es decir, los graves hechos se enmarcan en el carácter flagrante, masivo y sistemático de la represión a que fue sometida la población a escala inter-estatal, pues las estructuras de seguridad estatales fueron coordinadamente desatadas contra las naciones a nivel trans-fronterizo por los gobiernos dictatoriales involucrados. La Corte observa que, en absoluta contradicción con los principales fines y propósitos de la organización de la comunidad internacional, establecidos a niveles universal en la Carta de Naciones Unidas y regional en la Carta de la OEA y la misma Convención Americana, durante la década de los setenta los servicios de inteligencia de varios países del Cono Sur del continente americano conformaron una organización interestatal con fines criminales complejamente articulada, cuyos alcances continúan revelándose hoy en día; es decir, se dio una práctica sistemática de “terrorismo de Estado” a nivel inter-estatal. Esta operación se vio además favorecida por la situación generalizada de impunidad de las graves violaciones a los derechos humanos que existía entonces, propiciada y tolerada por la ausencia de garantías judiciales e ineficacia de las instituciones judiciales para afrontar o contener las sistemáticas violaciones de derechos humanos. Esto tiene estrecha relación con la obligación de investigar los casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y otras graves violaciones a los derechos humanos (Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párrs. 61.5, 61.6, 62, 72 y 73. Cfr. caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011)

18. En similar sentido, tratándose de crímenes atroces contrarios a los derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado asimismo que le corresponde a los Estados investigar lo ocurrido, juzgar para determinar responsabilidades y reparar a las víctimas. Esto incluye, ciertamente, y como también lo tiene reconocido este Tribunal Constitucional, la necesidad de superar o remover los límites formales que impidan al Estado cumplir con ese deber, incluyendo inclusive el control de convencionalidad de las normas que generen impunidad, así como los plazos de prescripción (cfr., *mutatis mutandis*, Sentencias 00024-2010-PI y 03693 2008-HC).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00258-2019-PHC/TC
LIMA
FRANCISCO MORALES BERMÚDEZ
CERRUTTI

19. Es más, este Tribunal Constitucional a través de reiterada jurisprudencia (recientemente, Sentencia 02064-2018-PA), ha derivado del deber estatal de protección de derechos fundamentales (artículo 44 de la Constitución) la necesidad de investigar y sancionar todo acto violatorio de los derechos humanos (Sentencia 02488-2002-HC, fundamentos 21-23; Sentencia 02798-2004-PHC, fundamento 10; Sentencia 03693-2008-PHC, fundamento 16; Sentencia 00218-2009-PHC, fundamento 16). Ello adquiere especial relevancia en casos relativos a la presunta comisión de graves violaciones de los derechos humanos y guarda relación con lo previsto en el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su numeral 1 establece lo siguiente:

“1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción (...)”.

20. Sobre esta disposición, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que supone los deberes de respetar los derechos y de garantizarlos. Este deber de garantizar implica una obligación de prevenir, investigar y sancionar las violaciones de derechos:

166. La segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. (Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de fondo).

21. En este mismo sentido, dicha Corte ha señalado que la obligación de investigar graves violaciones de derechos humanos no puede verse restringida por la aplicación de amnistías, indultos o normas de prescripción u otras excluyentes de responsabilidad que tengan por objeto impedir la investigación y sanción de los perpetradores de dichos delitos (cfr. Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75. Párr. 41). Y ha dejado claro, asimismo, el deber de investigar debe ser asumido por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de particulares que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares (Caso de la Masacre de Mapiripán. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 219; Cfr. Caso de la Comunidad Moiwana. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 146).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00258-2019-PHC/TC
LIMA
FRANCISCO MORALES BERMÚDEZ
CERRUTTI

22. De esta manera, si bien el principio de legalidad es un derecho fundamental, es claro asimismo que su contenido no es irrestricto o absoluto cuando se enfrenta, por ejemplo, a la satisfacción del derecho a la verdad y a la consecuente necesidad de determinar responsabilidades respecto de graves delitos considerados como violaciones graves de derechos humanos. Este mismo órgano colegiado ha señalado en la Sentencia 03693 2008-PHC, fundamentos 14 y 15, que

“[L]a prescripción de la acción penal, que supone la defensa del individuo contra los excesos del Poder estatal, no puede ser utilizada con la finalidad de avalar el encubrimiento que el Estado haya realizado de hechos que deben ser investigados.

Así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz, ha señalado que los instrumentos que sirven para la protección de derechos no pueden ser concebidos como meras formalidades, sino que deben constituir efectivas herramientas de protección (...), del mismo modo, la prescripción de la acción penal, en tanto garantía en favor de la dignidad humana, no puede ser concebida desde una perspectiva meramente formal, pues ello la terminaría desnaturalizando. Antes bien, se trata de un instrumento de garantía a favor de la persona humana, y no en contra de ella”

23. Así considerado, lo que corresponde en estos contextos –en los que el principio de legalidad debe ceder, para lograr con ello una tutela efectiva de los derechos conculcados antes graves violaciones de derechos humanos– lo que corresponde es resguardar que las investigaciones y juzgamientos se lleven de una manera correcta y justa, garantizando entonces todas las demás garantías del debido proceso penal, pero sin que ello implique impunidad.
24. Además de lo indicado, es necesario destacar , asimismo, que la consolidación de la democracia plena, y con base una verdadera cultura de los derechos, pasa necesariamente por esclarecer la verdad de hechos graves como los ocurridos en el marco de la llamada “Operación Cóndor”, por determinar responsabilidades claras al respecto, por sancionar a los culpables de los delitos resultantes, y por reparar integralmente a las víctimas, lo cual incluye, valga precisarlo, la necesidad de ofrecer satisfacciones a las víctimas por los crímenes de Estado y los crímenes individuales que pudieran haber ocurrido.
25. En efecto, una democracia sana no puede rehuir al proceso de esclarecer todos aquellos delitos graves cometidos contra los derechos humanos. Si bien es cierto que el Estado debe desplegar esfuerzos para determinar responsabilidades de manera oportuna –en especial, el Poder Judicial y el Ministerio Público–, a la vez, es necesario reconocer que nos encontramos ante situaciones muy complejas, que se inscriben en un proceso de constitucionalización y convencionalización de nuestro ordenamiento y cultura jurídicos, que se encuentra en vías de consolidación y robustecimiento.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00258-2019-PHC/TC
LIMA
FRANCISCO MORALES BERMÚDEZ
CERRUTTI

26. Por último, como en su momento señaló la Comisión de la Verdad y Reconciliación al referirse a los procesos de reconciliación nacional: “La reconciliación debe ser entendida en el Perú como un proceso de reconstrucción del pacto social y político”, proceso que, desde luego, se encuentra estrechamente “relacionad[o] con la justicia, el perdón y el peligro de la impunidad” (COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Informe final, Tomo IX. Cuarta Parte: Recomendaciones de la CVR, hacia un compromiso nacional por la reconciliación. Capítulo 1: Fundamentos de la reconciliación). En tal sentido, más aún en un contexto como el actual, marcado por la polarización, a este Tribunal le corresponde recordar, en el marco de sus funciones de integración social y pacificadora, que no es posible una auténtica reconciliación, y por tanto consolidar un proyecto de sociedad democrática y justa, sin alcanzar la verdad y amparando la impunidad, pues estas equivalen a injusticia. De este modo, únicamente con verdad y accediendo a justicia (ambos derechos fundamentales reconocidos por este Tribunal) es que será posible lograr cualquier reconciliación posible y, con base en ello, consolidarnos como un Estado Constitucional y convencionalizado, sin zonas exentas de control.

Por estos fundamentos, con el fundamento de voto del magistrado Miranda Canales, nuestro voto es por lo siguiente,

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

SS.

MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00258-2019-PHC/TC
LIMA
FRANCISCO MORALES BERMÚDEZ
CERRUTTI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

En el presente caso estoy de acuerdo con el sentido del fallo de la ponencia. Sin embargo, considero necesario precisar lo señalado en el fundamento 4 de la ponencia, referido a las actuaciones del Ministerio Público y su control a través del proceso de *habeas corpus*, por las razones que expresaré a continuación:

1. El citado fundamento 4 de la ponencia señala lo siguiente:
 4. De otro lado, este Tribunal Constitucional, a través de su reiterada y constante jurisprudencia, ha precisado que, si bien es cierto que la actividad del Ministerio Público en la investigación preliminar de delito, al formalizar la denuncia, al emitir la acusación fiscal o al requerir la restricción del derecho a la libertad personal, se encuentra vinculada al principio de interdicción de la arbitrariedad (y por ende, al debido proceso), también lo es que dicho órgano autónomo no tiene, en general, facultades coercitivas para restringir o limitar la libertad personal. Así, las actuaciones de la fiscalía penal son postulatorias, requirentes y, en principio, no son decisorias sobre lo que la judicatura penal resuelva. Partiendo de tales premisas, muchas de las demandas de *habeas corpus* en la que se denunció la violación de derechos constitucionales conexos sin que tengan incidencia negativa en el derecho a la libertad personal fueron declaradas improcedentes por este Tribunal.
2. Al respecto, no todos los actos realizados por el Ministerio Público son postulatorios, sin que incidan en la libertad personal. Por el contrario, conviene recordar que el *habeas corpus restringido*, reconocido por este Tribunal Constitucional a lo largo de su jurisprudencia, responde justamente a situaciones que no configuran una vulneración plena a la libertad personal (entendidas como afectaciones negativas de intensidad grave), sino perturbaciones o molestias a su ejercicio, las cuales pueden provenir de particulares y autoridades que incluyen, sin duda alguna, a los fiscales. Así, en la STC Exp. 02663-2003-HC/TC (fundamento 6), respecto al *habeas corpus* restringido, se señaló lo siguiente:

(...) Se emplea cuando la libertad física o de locomoción es objeto de molestias, obstáculos, perturbaciones o incomodidades que, en los hechos, configuran una seria restricción para su cabal ejercicio. Es decir, que, en tales casos, pese a no privarse de la libertad al sujeto, "se le limita en menor grado". Entre otros supuestos, cabe mencionar la prohibición de acceso o circulación a determinados lugares; los seguimientos perturbatorios carentes de fundamento legal y/o provenientes de órdenes dictadas por autoridades incompetentes; las reiteradas e injustificadas citaciones policiales; las continuas retenciones por control migratorio o la vigilancia domiciliaria arbitraria o injustificada, etc.
3. De otro lado, el Código Procesal Penal de 2004, vigente en casi la totalidad de distritos judiciales del país y que concibe al proceso penal bajo un modelo acusatorio, ha otorgado un mayor protagonismo al Ministerio Público, especialmente en el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00258-2019-PHC/TC
LIMA
FRANCISCO MORALES BERMÚDEZ
CERRUTTI

ámbito de la etapa de investigación preparatoria, a fin de llevar a cabo los actos de investigación necesarios. En esa medida, también está investido de potestades coercitivas, que lo facultan por ejemplo a solicitar a la policía a que conduzca compulsivamente a un investigado cuando haya sido notificado bajo apercibimiento (Art. 66 inciso 1), a intervenir en un control de identidad policial (Art. 205 inciso 3), a solicitar pesquisas sobre personas (Art. 208) e inclusive a ordenar retenciones con una duración no mayor a 4 horas (Art. 209), entre otros.

4. A partir de lo expuesto, se advierte entonces que es necesario identificar la naturaleza del acto fiscal que se cuestiona, dado que en algunos casos estos sí tienen implicancias en el ejercicio de la libertad personal, así sean mínimas, ante lo cual la vía constitucional sí estaría habilitada a través del *habeas corpus*.

S.

MIRANDA CANALES

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
DÉCIMO PRIMER JUZGADO CONSTITUCIONAL
Sub Especializado en Asuntos Tributarios, Aduaneros e Indecopi
Esquina de la Av. Colmena con Rufino Torrico - Cercado de Lima



EXPEDIENTE : 00573-2020-0-1801-JR-DC-11
MATERIA : ACCION DE AMPARO
JUEZ : RAMIREZ NIÑO DE GUZMAN, JORGE LUIS
ESPECIALISTA : ASTETE CORONADO DANIEL ALBERTO
TERCERO : ANA ESTRADA UGARTE ,
CLINICA DE DERECHO PENAL DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICA
UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU ,
SOCIEDAD PERUANA DE CUIDADOS PALIATIVOS ,
DEMANDADO : MINISTERIO DE SALUD MINSA ,
PROCURADOR PUBLICO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS ,
PROCURADOR PUBLICO DEL MINISTERIO DE SALUD ,
MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS MINJUSDH ,
SEGURO SOCIAL DE SALUD ESSALUD ,
DEMANDANTE : LA DEFENSORIA DEL PUEBLO ,

SENTENCIA

RESOLUCIÓN NÚMERO SEIS

Lima, 22 de febrero del 2021

Con el escrito de fecha 18 de febrero de 2021, presentado por la demandante y que se tiene presente.

VISTOS: El expediente, encontrándose el proceso en estado de expedir sentencia, se procede a resolver en atención a los siguientes hechos y considerandos:

I. PARTE EXPOSITIVA:

DEMANDA

La Defensoría del Pueblo, representada por el Defensor del Pueblo; Walter Francisco Gutiérrez Camacho; promueve un Proceso de amparo, en beneficio de la ciudadana Ana Milagros Estrada Ugarte contra la El Ministerio de Salud, (MINSA), Seguro social de Salud (EsSalud) y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUSDH), a fin de que:

A. Se declare inaplicable el artículo 112° del Colegio Penal (Dec. Leg. N° 635) que tipifica el delito de **homicidio piadoso**, para el caso de la Sra. Ana Estrada Ugarte diagnosticada con una enfermedad incurable, progresiva y degenerativa, llamada polimiositis, ello con la finalidad de que pueda elegir, sin que los terceros sean procesados penalmente, al momento en el cual las emplazadas deberán procurarle un procedimiento médico de eutanasia.

B. Se declare inaplicable el artículo 112° del Colegio Penal (Dec. Leg. N° 635) por considerar que los efectos desplegados por dicha norma constituyen una lesión al derecho fundamental de la Sra. Ana Estrada Ugarte a una muerte digna, así como a sus derechos fundamentales a la dignidad, a la vida digna, al libre desarrollo de la personalidad y amenaza cierta a no sufrir tratos crueles e inhumanos.

C. Se ordene a consecuencia de lo anterior a EsSalud, como entidad encargada de la gestión de las prestaciones de salud de la Sra. Ana Estrada Ugarte: (i) respetar la decisión de su representada de poner fin a su vida a través del procedimiento técnico de la eutanasia; debiéndose entender por "eutanasia" a la acción de un médico de suministrar de manera directa

(oral o intravenosa), un fármaco destinado poner fin a su vida, u otra intervención médica destinada a tal fin; (ii) conformar de manera inmediata una Junta Médica interdisciplinaria que deberá iniciar sus funciones dentro de los 7 días siguientes a la emisión de la resolución judicial, para el ejercicio del derecho a la muerte en condiciones dignas, a través de la eutanasia; entre sus funciones, estará el acompañamiento integral antes y durante el proceso, el aseguramiento del respeto a la decisión de la Sra. Ana Estrada Ugarte, el establecimiento de un plan que especifique los aspectos asistenciales y técnicos de la decisión tomada y la designación de los profesionales médicos que se encargaran de la ejecución de la eutanasia; (iii) brindar todas las condiciones administrativas, prestacionales y sanitarias para el ejercicio del derecho a la muerte en condiciones dignas de la Sra. Ana Estrada Ugarte a través del procedimiento de la eutanasia. El adecuado ejercicio de este derecho implica que el procedimiento solicitado y diseñado por la Junta Médica debe ejecutarse dentro de los diez días hábiles contados a partir del momento en que ella manifieste su voluntad de poner fin a su vida. Para cuando Ana Estrada tome esa decisión, el plan debe estar aprobado y validado por el Ministerio de Salud, para lo cual el Juez deberá establecer plazos perentorios de cumplimiento obligatorio para la ejecución de etapas previas (conformación de la Junta Médica por parte de EsSalud, diseño del plan por parte de la Junta Médica, validación de plan por parte del Minsa y aprobación final de EsSalud).

D. Se ordene a consecuencia de lo anterior al Ministerio de Salud, en tanto ente rector del sector salud: (i) respetar la decisión de la Sra. Ana Estrada Ugarte de poner fin a su vida a través del procedimiento técnico de la eutanasia; en virtud del reconocimiento judicial del derecho a la muerte en condiciones dignas, así como de los demás derechos fundamentales vinculados; (ii) validar en el plazo de 7 días hábiles el plan del procedimiento de eutanasia diseñado y propuesto por la Junta Médica para el ejercicio de la muerte en condiciones de dignidad de la Sra. Ana Estrada Ugarte.

E. Se ordene al Ministerio de Salud que cumpla con emitir una Directiva que regule el procedimiento médico para la aplicación de la eutanasia para situaciones similares a las de la Sra. Ana Estrada Ugarte, que involucren el reconocimiento judicial del derecho fundamental a la muerte en condiciones dignas y derechos conexos.

II DERECHOS CONSTITUCIONALES QUE SE CONSIDERAN VULNERADOS

- a. Derecho a la muerte en condiciones dignas
- b. Derecho a la dignidad
- c. Derecho al libre desarrollo de la personalidad
- d. Derecho a la vida diana
- e. Derecho a no ser sometido a tratos crueles e inhumanos

II. FUNDAMENTOS DE HECHO:

1. Expone que, se pretende proteger los derechos fundamentales lesionados y amenazados de la ciudadana Ana Milagros Estrada Ugarte, quien padece de Polimiositis, enfermedad incurable, degenerativa, en etapa avanzada; que deteriora progresivamente sus capacidades motoras y la ha mantenido en un estado de dependencia alta en los últimos 12 meses.
2. Según el Informe Médico de un especialista en neumología, basados en la historia clínica de EsSalud de la beneficiaria y evaluaciones directas, que se pretende, sea independiente, así como de testimonios propios de Ana Estrada, (Tomados de su Blog electrónico), y diversos documentos; se tiene que su enfermedad se inició cuando tenía 12 años de edad y a los 14 se diagnosticó como Dermatomiositis, para lo cual se hicieron biopsias y otras intervenciones dolorosas y traumatizantes. Las primeras medicaciones con corticoides hincharon su cuerpo y deformaron su rostro, cuando tenía

su primer enamorado, lo que en su momento le parecía lo más importante frente a las continuas citas médicas. A los 20 años, la debilidad muscular, la obligó a usar silla de ruedas. Recibió medicaciones con cortico-esteroides, azatioprina, metotrexato, ciclosporina y otros, pese a lo cual la enfermedad ha progresado. Textualmente dice:

"...mientras no tenga el poder de mi libertad seguiré viviendo presa en un cuerpo que se está deteriorando cada minuto y que me atará a mi cama conectada las 24 horas al respirador y empezarán las úlceras en la piel que no son otra cosa que heridas que se expanden y profundizan hasta que se logra ver el hueso. Esas heridas supurarán pus y olerán a podrido y el tejido se va a necrosar. Pero eso será solo el comienzo de sendas infecciones y más medios invasivos y amputaciones y no moriré. Ese infierno será eterno y, repito, mi mente estará completamente lúcida para vivir cada dolor en una cama de hospital sola y queriendo morir."

3. Ha recurrido a consultas en los Estados Unidos, con el mismo diagnóstico y previsiones que en el medio local, mientras el tratamiento, (con inmunoglobulina y otros), ha resultado infructuoso e interrumpido por periodos ante la falta de respuesta. El 2015, empezó a tener problemas frecuentes por acumulación de secreciones respiratorias, por falta de movilización.

En abril de 2019, Ana Estrada Escribió:

"Esta búsqueda por la muerte se convirtió paradójicamente, en una motivación para vivir. Todavía no he tenido un proceso infeccioso este año y no sé cuándo lo tendré, pero lo que digo es que si yo tuviera el "permiso" del Estado para morir, estoy segura que esos procesos infecciosos no serían así de terribles y los llevaría en paz, con esperanza y libertad".

4. En julio del 2015 la Sra. Ana Estrada Ugarte desarrolló una falla respiratoria que la llevó a ser hospitalizada en cuidados intensivos durante 6 meses, en los que tuvo complicaciones de infecciones respiratorias y fue intubada, le hicieron catéteres endovenosos y se le hizo una traqueostomía y gastrostomía, para respirar y alimentarse, respectivamente. Consideró ese proceso, traumático; ya que le generó total dependencia, al punto que decidió raparse el cabello, pues era doloroso hasta el lavado de cabellos que se le hacía, con guantes de jebe, con mucha premura y dolor y que en conjunto, significó que perdiera todo lo que significó su vida anterior, además del continuo riesgo de infecciones que significa la traqueostomía (Neumonías, traqueítis, obstrucción de cánula, etc), y la gastrostomía; todo lo cual no significa que mejore su salud general.
5. Posteriormente, se indujo a un programa denominado Clínica en casa, por el cual es monitorizada por EsSalud, con médicos, psicólogos, nutricionistas, etc. Ello significa que ha perdido su intimidad y privacidad, no tiene un momento a solas, perdió su trabajo, lo que considera: *"mi propia muerte"*. Al retorno a su domicilio pesaba 35 kilos, rapada, con la atención de numerosas personas para su instalación y coordinaciones, todo lo cual fue traumatizante.

Considera también una afectación al libre desarrollo de su personalidad, lo que incluye el ejercicio de su sexualidad, pues entre otras cosas; el Hospital Rebagliatti, dispuso que firmara un escrito legalizado por su abogado y un médico, para consignar su responsabilidad por cualquier incidente que derive de tener relaciones sexuales.

6. De manera continua requiere el uso de un respirador artificial, pues solo puede espirar sin ese aditamento 4 o 6 horas al día como máximo, recibe tratamientos contra las infecciones y exámenes auxiliares continuos. Es dependiente para sus actividades de

vida diaria, como su aseo personal, necesidades fisiológicas, su alimentación, usa una silla de ruedas. No puede trasladarse de la silla a su cama por sí sola.

7. Su diagnóstico es de miopatía primaria, conocida como polimiositis. La causa es inmunológica. En teoría, el sistema inmunológico, encargado de defender el organismo humano, rechaza y ataca sus propios músculos, lo que termina dañándolos. Por ello, se le aplican medicamentos inmunosupresores. Hasta la fecha, su organismo no ha respondido positivamente a los diversos tratamientos.
8. El pronóstico de su enfermedad es negativo. Es probable que su alimentación por sonda sea más frecuente o permanente, el uso de respirador, igualmente. Frente a ello, es que solicita tener el control de su vida, a fin de poder ejercer el derecho a una muerte en condiciones dignas, lo que describe textualmente:

"...les diré de mi deseo de morir porque llevo 3 años investigando, preguntando, conectando, elucubrando mil formas de hallar la muerte sin que mi familia salga perjudicada. Y hasta he tratado de ahorrar (ingenuamente) para ir a Suiza. Pues bien, me cansé y decido que lo último que me queda por hacer es contarles de mi historia y mi lucha y así encontrar apoyo no solo de los que me conocen sino también de cualquiera que crea en el derecho a la libertad. Creo que no hay mayor gesto de amor que pide ayudar y apoyar a un ser amado a hallar su muerte y ponerla fin al sufrimiento. Es una decisión que tomé el día que volvía a UCI por segunda vez por una recaída con neumonía. Cuando la ambulancia llegó a mi casa para llevarme al hospital, mi hermano llegó en ese instante y escuché que dijo a todos que esperen un momento, pidió a la enfermera que salga del cuarto y nos quedamos a solas. Se acercó a mi cama y oramos."

9. El proceso natural de deterioro de su organismo no será detenido por las medidas de soporte vital que recibe (como respiradores, sondas, etc.) y serán insuficientes para mantenerla con vida. Requerirá de mayor sofisticación (máquinas más complejas), mayor dolor, incomodidad y sufrimiento físico y psicológico. y ello generará complicaciones causadas por la misma terapia. Sin embargo, dice:

"¿por qué querer morir si soy capaz de encarnar la fiera tibieza del amor hasta llegar a explotar de felicidad? ¿Tan egoísta soy que no pienso en los que me aman? ¿Estoy deprimida y solo necesitaría antidepresivos para pensar "positivo"? ¿A dónde se fue la fuerza de la "guerrera", luchadora", "ejemplo y lección-de-vida"? Pues aquí estoy, con más fuerza que nunca para pechar y gritar al mundo que quiero mi derecho a elegir y decidir sobre mi vida y mi cuerpo. Y, les tengo noticias, lo intenté, pero no lo puedo hacer sola. Por eso hago este blog y la publicación de mi vida que no solo tratará de mi enfermedad sino también de la niña deprimida y sola, de la adolescente perdida y, finalmente, de todo este camino recorrido hasta aquí?"

10. Busca que se reconozca, proteja y garantice los derechos que, están sido lesionados con la prohibición penal: precisa que no se trata de buscar la muerte a como dé lugar, sino de decidir sobre el fin de la vida como resultado del ejercicio de un derecho y por ende, de una decisión libre, informada y legitimada en un Estado Social y Democrático de Derecho, como es el Perú.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA. Procuraduría del MINSA.

11. Se apersona el Procurador Público y contesta la demanda, solicitando se declare la Improcedencia de la demanda, exponiendo que; en este caso se trata de establecer si corresponde a la demandante el derecho a poner punto final a su vida y elija, cómo, cuándo y dónde morir. Al respecto, el Numeral 1 del artículo 2° de la Constitución

Política, establece el derecho a la vida, su identidad, integridad moral, psíquica y física, su libre desarrollo y bienestar y a su vez el artículo 1° establece que el fin supremo del Estado es la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad. El Código Penal, en su artículo 112 regula el homicidio piadoso, sancionando con pena privativa de libertad no mayor a tres años.

12. Así, la Señorita Ana Estrada, dado su grave estado de salud, solicita la aplicación de la eutanasia, siendo que, para su caso, solicita que este acto sea llevado a cabo por un médico, lo que no está permitido, pues la norma dice *“El que, por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de tres años”*. La norma hace referencia a una enfermedad incurable y ese es uno de los escollos desde el punto de vista legal que sería un impedimento para que el Juez Constitucional pueda declarar la inaplicación del citado artículo para el caso concreto. Empero, hay enfermedades que, siendo incurables, pueden ser tratadas, como el asma, la gripe, etc. La polimiositis, resulta ser una enfermedad incurable conforme lo refieren los médicos y expertos consignados en la demanda; sin embargo, pese a no ser una enfermedad que esté en fase terminal (no hay evidencia que dicha enfermedad esté en esa etapa) es una enfermedad cuyas características en el caso concreto, no encajarían de manera puntual en el art. 112°, nos habla de intolerables dolores; y según la demanda, la Señorita Ana estaría sometida a tratos crueles e inhumanos; sin embargo, en la demanda, no acredita y no aporta prueba o evidencia que dicha enfermedad le haya causado intolerables dolores, sino que como consecuencia de la enfermedad incurable que padece viene siendo sometida a tratos crueles e inhumanos; por lo que no se ajustaría a la norma, cuya inaplicación se demanda.
13. Si bien es cierto el artículo 112° del Código Penal, es una norma autoaplicativa, no es cierto que dicha disposición crea una situación jurídica inconstitucional, que impida el derecho de la Sra. Ana Estrada Ugarte a tomar el control sobre su vida y disponer de manera consciente poner fin a sus sufrimientos por la enfermedad incurable y degenerativa que padece, a ejercer su derecho a una muerte digna.
14. La demandante solicita un procedimiento a seguir, en caso se declare fundada la inaplicación del artículo 112° del C.P. establecer plazos perentorios de cumplimiento obligatorio para la ejecución, de las etapas previas (conformación de la Junta Médica por parte de EsSalud, diseño del plan por parte de la Junta Médica, validación del plan por parte del Minsa y aprobación final de EsSalud). Luego; que el Juez ordene al Ministerio de Salud: a) Respetar la decisión de la Sra. Ana Estrada; b) Validar en el plazo de 7 días hábiles del plan de procedimiento de la eutanasia diseñado y propuesto por la Junta Médica. En ese sentido, señala que el MINSa no está facultada a realizar los procedimientos para la ejecución respecto de la inaplicación del artículo 112 del C.P. En tanto que, conforme al literal a) del artículo 5° del Decreto Legislativo 1161, el Ministerio de Salud es el órgano rector de la política de salud a nivel nacional, y como tal está *facultado a formular, planear, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar la política nacional (...) aplicable a todos los niveles de gobierno*; siempre que esta no transgreda la normatividad vigente. Nótese, además que, la Sra. Estrada es una paciente atendida por ESSALUD; entidad que finalmente de ser el caso, le correspondería la conformación de la Junta Médica, la elaboración del protocolo y otros para su ejecución.
15. El Ministerio de Salud, como órgano rector de la política de salud a nivel nacional, no puede dictar normas, ni aprobar, ni validar procedimientos de una Junta Médica para un

caso particular, porque ello no forma parte de la política de salud que, es de carácter general a nivel nacional, y menos es aceptable que el Juez Constitucional ordene al Ministerio de Salud a cumplir con el procedimiento médico aprobado por una Junta Médica para un caso concreto; ello porque es contrario a la norma, pretender que el MINSA actúe en contra de las facultades que tiene como órgano rector.

16. Respecto de la pretensión de que el Ministerio de Salud cumpla con emitir una Directiva que regule el procedimiento médico para la aplicación de la eutanasia para situaciones similares a las de la Sra. Ana Estrada Ugarte, que involucren el reconocimiento judicial del derecho fundamental a la muerte en condiciones dignas y derechos conexos, se opone, en tanto ello no puede hacerse mediante una Directiva y menos de manera general. En todo caso, el Juez Constitucional estaría facultado a dictar una sentencia exhortativa para que el Poder Legislativo legisle sobre la eutanasia.
17. Por el artículo 4° de la Ley 26842, Ley General de Salud, el Estado está obligado a preservar la vida y la salud de los ciudadanos, bajo ciertos parámetros como es, que el tratamiento médico o quirúrgico tiene que ser informado y la negativa del paciente al tratamiento o intervención exime de responsabilidad al médico tratante y a la entidad. En ese sentido discrepan de los fundamentos de la demanda, en el extremo negado que la interpretación del demandante sea cierta, ello no es suficiente, pues para ejercer plenamente sus derechos a la dignidad, a la vida digna, a decidir sobre cuándo, cómo y dónde acabar con su vida, vía la eutanasia, se requiere una norma expresa que desarrolle el derecho a la eutanasia.
18. Considera que no podría el Ministerio de Salud emitir normas o directivas generales a partir de un caso particular, *porque el Minsa tiene como función central ser ente rector en materia de salud, es decir está facultado a formular, planear, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar la política nacional (...) aplicable a todos los niveles de gobierno.* El Minsa solo podría emitir los, protocolos, directivas y el tratamiento a seguir, siempre que la eutanasia sea legislada en nuestro país.
El Juez constitucional solo podría, emitir el protocolo o directiva para el caso concreto, la misma que no podría ser de carácter general o que tenga efectos extensivos para otros casos similares.
19. Conforme al Código de Deontología Forense del Colegio Médico del Perú y del Código Internacional de Ética Médica elaborado por la Asociación Médica Mundial, sostienen la plena vigencia del Juramento Hipocrático por el que *debe cuidarse la vida de los pacientes y enfermos a toda costa, y debe respetarse el proceso natural de la muerte, sin acudir a métodos de acortamiento de la vida (eutanasia).*
20. Existe debate sobre el concepto o significado de dignidad humana y calidad de vida. Unos identifican lo indigno, como la carencia o falta de capacidad para la autodeterminación frente a circunstancias difíciles como las que atraviesa la Sra. Estrada. Otro sector de la doctrina sostiene que la dignidad humana no puede ser reducida a la calidad de vida, en tanto ésta se mide por las condiciones físicas y psíquicas que permiten el desarrollo armónico de la personalidad, pues podría haber condiciones físicas y psíquicas contrarias a la dignidad humana, pero no la convierten necesariamente en una vida indigna; por lo que este sector de la doctrina concluye que no sería ética la eliminación deliberada de la vida porque la dignidad no dependería de las condiciones físicas o psíquicas precarias.

EXCEPCIÓN Y CONTESTACIÓN DE DEMANDA DEL MINISTERIO DE JUSTICIA.

21. Deduce excepción de *falta de legitimidad para obrar pasiva* del Ministerio de justicia y derechos humanos. Fundamenta este medio de defensa expresando que las pretensiones de la demanda, tienen por finalidad la inaplicación del artículo 112 del Código Penal y actos de ejecución relacionados, pero en ninguno de estos, se observa que el Ministerio de Justicia deba realizar un acto de ejecución o pueda afectarlo, que el MINJUS haya afectado alguno de los derechos de la demandante y no ha tenido intervención alguna en la etapa previa al proceso judicial, por lo que este emplazamiento es un grave error.
22. Señala asimismo que, de acuerdo al criterio de la demandante, se le emplaza porque este sector refrendó la norma o que sería el defensor de la constitucionalidad de las normas. Así, el MINJUS no necesariamente debe ser emplazado en los procesos donde se haga control difuso de las normas, como ha ocurrido en innumerables casos. El control difuso no es un petitorio en sí mismo, sino una institución que debe surgir en el debate del caso concreto, donde haya una norma legal relevante para resolver el caso que viole los derechos fundamentales o principio constitucionales. Es distinto el caso de los procesos constitucionales de control normativo, donde el único debate es la constitucionalidad de las leyes en abstracto, como la Acción Popular.

Sobre el fondo.

23. Conforme señala la propia demandante, no existe una regulación nacional sobre la Eutanasia, por lo que recurre a esta vía. Así, pretende que la sentencia sea por sí misma un protocolo médico y regulando el procedimiento administrativo, de modo tal que, el Juez Constitucional, se convierta en órgano legislador, lo que contraviene a nuestro sistema democrático.
24. Fundamenta que el Amparo no es un procedimiento para constituir derechos. El Juez no legisla, ello afecta el principio de corrección funcional como límite de la interpretación de los derechos fundamentales que, supone que el Juez no puede desvirtuar las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales. Consideran así, que, si no existe un marco legal, no es posible que el Juez resuelva en el sentido que se solicita. El marco legal debe dictarlo el legislativo.
25. Expone que, en el caso de Colombia, que cita la demanda, existió en efecto, una decisión del Tribunal Constitucional, pero que esta resolvió, exhortar al legislativo para que legisle este derecho y solo con una norma dictada por el legislativo, se hizo posible el ejercicio del derecho como tal.
26. Expone asimismo que, la Carta Americana de Derechos Humanos no regula ni la Corte se ha pronunciado en este extremo, por lo que no puede haber afectación de este derecho en el plano convencional. Añade que el Tribunal Europeo se ha pronunciado en varias oportunidades sobre el tema de la muerte digna, sin embargo, estudiada su jurisprudencia, se observa que tiene a dejar que sean los Estados nacionales, los que regulen a través de su órgano legislativo, lo que en efecto han hecho varios Estados, mientras que otros no, lo que en ningún caso significa la afectación de los derechos convencionales.
Bajo esos fundamentos, se considera que, la falta de regulación, por sí misma no viola derecho fundamental alguno, ni de la Constitución ni de la Carta Americana de Derechos Humanos.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA. PROCURADOR PUBLICO DE ESSALUD.

27. Se apersona el Procurador y expone que, de acuerdo al artículo 1° de la Ley N° 27056, la finalidad de ESSALUD consiste en brindar cobertura a los asegurados y sus derechohabientes, a través del otorgamiento de prestaciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, prestaciones económicas, y prestaciones sociales que corresponden al régimen contributivo de la Seguridad Social en Salud, así como otros seguros de riesgos humanos, que en el artículo 39° de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo se establece que ESSALUD constituye una entidad administradora de fondos intangibles de la seguridad social, distinguiéndola así de las entidades que realizan actividad empresarial, esto es, de las empresas del Estado. Sobre el principio de legalidad y su cumplimiento por parte de las entidades públicas. El Tribunal Constitucional ha señalado se tiene tres exigencias; existencia de la ley, que esta sea previa y describa un hecho determinado, Asimismo, según la Corte Interamericana este principio exige que en la elaboración de los tipos penales exista una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales.
28. El subprincipio de tipicidad o taxatividad es otra de las manifestaciones o concreciones del principio-derecho de legalidad que tiene como destinatarios al legislador penal o administrativo que, exige la precisa definición de la conducta que la ley o norma con rango de ley considera como delito o falta. ESSALUD, como entidad pública del Gobierno Nacional, se encuentra inexorablemente sujeta al Principio de Legalidad. Todo lo que haga o decida hacer debe tener como fundamento una disposición expresa que le asigne la competencia para poder actuar de tal o cual manera. El funcionario de la administración en ejercicio de sus funciones solo puede hacer lo que la ley le permite hacer y está impedido de hacer lo que ella no le faculta. Es un mero "aplicador literal" de la norma. Por otro lado, ESSALUD no sólo se encuentra sujeto a las normas que lo regulan sino también a las políticas nacionales de salud que el Estado emite a través de su ente rector el Ministerio de Salud, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 9° de la Constitución Política del Perú, el artículo 7° de la Constitución Política del Perú, que establece que todas las personas tienen derecho a la protección de su salud, medio familiar y comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa.
29. ESSALUD es un organismo público administrador de fondos intangibles de la seguridad social con personería jurídica de derecho público interno y, como tal, sujeto al Principio de Legalidad, sólo puede emitir directivas y protocolos médicos dentro los alcances de las disposiciones normativas y reglamentos previamente emitidos por el Poder Legislativo. En esa misma línea, la sola despenalización de la responsabilidad penal de la persona quien por piedad mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, no sostiene ni justifica la emisión de directivas y/o protocolos por parte de ESSALUD, ya que necesita de una norma que expresamente desarrolle la figura de la eutanasia como parte de nuestro ordenamiento jurídico. La Administración se sujeta especialmente a la Ley, entendida como norma jurídica emitida por quien representa a la sociedad en su conjunto, vale decir, el Congreso de la República. Lo que ocurre es que en el Estado de Derecho se ubica a la Administración como esencialmente ejecutiva, encontrando en la ley su

fundamento y el límite de su acción. ESSALUD, a diferencia de los particulares, no goza de la llamada libertad negativa (nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido a hacer lo que esta no prohíbe) dado que solo puede hacer aquello para lo cual está facultada en forma expresa; y no cuenta con norma que la habilite brindar asistencia para finalizar la vida de una persona, cuando su norma de creación dispone todo lo contrario.

“La elaboración de un procedimiento médico se encuentra sujeto a la norma técnica de salud para la elaboración y uso de guías de práctica clínica del Ministerio de Salud.

30. Las Guías de Práctica Clínica que aprueba el Ministerio de Salud mediante Resolución Ministerial, son documentos normativos correspondiente al tipo de las Guías Técnicas, y que se aboca al diagnóstico o tratamiento de un problema clínico considerado por la Autoridad Nacional de Salud como un problema de salud pública o una prioridad sanitaria nacional o regional, y que contiene recomendaciones basadas en la mejor evidencia científica aplicable, desarrolladas sistemáticamente de modo que orienten y faciliten el proceso de toma de decisiones al personal profesional para una apropiada y oportuna atención de salud. Se basa en la revisión científica, tecnológica y la experiencia sistematizada y documentada, sobre el tema que aborda. La norma técnica en mención es de aplicación, entre otros prestadores de servicios de salud, a ESSALUD, por lo que, encontrándose dentro de esa disposición legal, emite su directiva con la finalidad de establecer normas, criterios y procedimientos, dentro del marco de acción establecido por el ente rector. La creación e implementación de un procedimiento médico se sujeta a los lineamientos del ente rector, (MINSa), y estas a su vez, a las políticas nacionales, por lo que EsSalud no puede aprobar procedimientos, juntas médicas ni normas de salud. La sola despenalización es insuficiente. Las normas técnicas nacen por ley N° 26842, Ley general de Salud y el Decreto legislativo 1161, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Salud, que regula lo antes expresado.
31. No existe una guía ni norma técnica que recoja la figura de la eutanasia. No existen estudios oficiales, en los que se haya identificado los criterios clínicos que definan la procedencia del procedimiento, los pronósticos de los tipos de enfermedades que pueden ser sujeto de este tipo prácticas, las inclusiones y las exclusiones médicas, los tipos de medicamentos a utilizar que garanticen que el procedimiento de la eutanasia sea corto y certero, el procedimiento para la expresión indubitable de la aceptación voluntaria del profesional médico que aplicará el fármaco con el que le quitará la vida a otra persona, etc. En ese sentido, al no existir una norma que expresamente reconozca a la eutanasia, no se han desarrollado procedimientos médicos en los que se establezca el protocolo de acción del personal médico; teniendo en cuenta que un protocolo médico no es una seguidilla de acciones a realizar sino una norma técnica que es resultado del trabajo de un grupo multidisciplinario que se encargue de examinar de manera sistemática cuatro grandes temas íntimamente relacionados a la eutanasia: la correcta definición de intolerable dolor (en esta valoración se reúne tanto la percepción del médico tratante como la expresión del solicitante), la medición del carácter irremediable e inevitablemente incurable del padecimiento, la verificación de la competencia mental y la preservación del juicio, así como los procedimientos más correctos y seguros que garanticen la muerte, en tiempo corto y sin sufrimiento.
32. La creación e implementación de un procedimiento médico se sujeta a los lineamientos del ente rector, (MINSa), y estas a su vez, a las políticas nacionales, por lo que EsSalud

no puede aprobar procedimientos, juntas médicas ni normas de salud. La sola despenalización es insuficiente. Las normas técnicas nacen por ley N° 26842, Ley general de Salud y el Decreto legislativo 1161, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Salud, que regula lo antes expresado.

Se pretende que el Juez Constitucional se convierta en un legislador positivo, creando un nuevo derecho con rango constitucional, soslayando el procedimiento legislativo y con ello vulnerando el principio de separación de poderes.

33. Considera asimismo que, se afectan los principios de Separación de poderes y Corrección funcional. El Juez al realizar su labor de interpretación, no debe desvirtuar las funciones y competencias que la Constitución Política del Estado asigna de manera distinta a cada órgano de la Administración. El órgano jurisdiccional puede emitir Acuerdos Plenarios o sentencias con condición de precedentes vinculantes, ello obedece a una necesidad de interpretación legislativa de normas ya existentes, labor distinta de la labor principal del Poder Legislativo; expedir leyes con mandato y fuerza constitucional y legal. La regulación legal de la eutanasia en Perú, es competencia del legislador. Tampoco es amparable el pedido de la emisión de una Directiva que regule el procedimiento médico para la aplicación de la eutanasia para situaciones similares a las de la Sra. Ana Estrada Ugarte; porque es incongruente con la naturaleza jurídica del proceso de amparo.

Amicus Curiae. Sociedad Peruana de Cuidados Paliativos.

Se ha apersonado al proceso la Sociedad Peruana de Cuidados Paliativos, solicitando incorporarse en calidad de *Amicus Curae*, lo que esta judicatura accede, considerando que deben escucharse el mayor número de voces. La entidad agrupa a profesionales de la medicina, (Médicos, Enfermera(o)s, Psicólogo(a)s, y Trabajadores Sociales), que se encargan de brindar calidad de vida y evitar el sufrimiento en pacientes con enfermedades que limitan o acortan su vida, especialmente en fase de terminales. Se señala que, existen situaciones en las que en el intento de salvar la vida y salud de la persona se puede caer en situaciones de encarnizamiento o ensañamiento terapéutico, por lo que es preciso tener presente la proporcionalidad entre la eficacia del tratamiento y el sufrimiento del paciente, así como del consentimiento informado de éste. El consentimiento, debe ser en principio consciente y expreso, incluso mediante expresión de voluntad anticipada, empero, pueden darse situaciones en las que el paciente no pudo o no está en situación de otorgar su expresión de voluntad, como las situaciones de emergencia, en las que se toma la voluntad de los familiares o en todo caso, se considera la expresión de la voluntad tácita, considerando que toda persona, tiene la voluntad de conservar su vida, siendo el médico que aplica el tratamiento, con criterios de proporcionalidad; existiendo por ello el concepto de Adecuación del esfuerzo terapéutico. Uno de los instrumentos, es la sedación paliativa, es la administración de fármacos a un paciente cuya muerte esta próxima reduciendo la conciencia para aliviar el sufrimiento, acción que requiere voluntad expresa, en sus diversas formas.

34. Sobre la autonomía señalan que, en efecto, la muerte digna es un derecho, siendo que la dignidad alcanza hasta más allá de la muerte. El Código Civil proscribía incluso la disposición del cadáver, pero les preocupa que se confunda ello, con la eutanasia, como único mecanismo de muerte digna. No es lo mismo pedirlo sano que pedirlo enfermo, pues la enfermedad condiciona la variabilidad de la manifestación de voluntad, siendo

que en 12 horas una persona puede variar en un 30% y en un mes un 70%, por diversos factores.

35. La voluntad del paciente está regulada en el Reglamento de Ley 29414, artículo 16 con el reconocimiento del derecho de negarse a recibir o continuar un tratamiento siempre que conozca el plan terapéutico contra la enfermedad, lo que no implica el abandono de los cuidados, más bien, se disponen los programas de acompañamiento y cuidados paliativos según sea el caso.
36. Los Comités de Ética Clínica, permiten determinar el tratamiento médico, por ejemplo, cuando no hay suficientes máquinas para mayor demanda de enfermos, o cuando un determinado tratamiento generará mala calidad de vida del paciente, en cuyo caso, este o en su defecto, su familia tienen derecho a rechazarlo, que asimismo ninguna persona puede ser excluida, por ejemplo, por razón de su discapacidad. Por ello, consideran que lo resuelto en esta causa podría generar conflictos éticos entre el personal médico. Como la objeción de conciencia, las medidas para garantizar voluntades sin vicios. En nuestro país existe únicamente un Comité de Ética Clínica que funciona en el Hospital del Niño, dedicada a la resolución y atención de estos conflictos en pediatría, por lo que consideran que es preciso analizar la pretensión desde la perspectiva de los médicos quienes serían los ejecutantes.
37. El Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú en su artículo 72 indica:
“El médico no debe propiciar el encarnizamiento terapéutico. Ha de entenderse por tal, la adopción de medidas terapéuticas desproporcionadas a la naturaleza del caso. El médico debe propiciar el respeto a las directivas anticipadas del paciente en lo referente al cuidado de su vida. El médico no debe realizar acciones cuyo objetivo directo sea la muerte de la persona”.
Con lo cual de la demanda va más allá de un reconocimiento de un derecho, enfrentando lo ético y lo jurídico.
38. Los Cuidados Paliativos se plantean como una forma de atención integral, holística de personas con enfermedades severas que limitan o acortan sus vidas, que busca tener impacto sobre la calidad de vida y el alivio del sufrimiento, y que reconocen a la muerte como un proceso natural. Además son: *“(…) Son fundamentales para mejorar la calidad de vida y el bienestar de las personas, aumentar su alivio y reforzar su dignidad humana(…)”.*
Los CP comprenden los siguientes aspectos:
 - Políticas apropiadas
 - Disponibilidad y acceso a medicamentos esenciales para dolor y CP
 - Educación para profesionales de salud y público en general
 - Implementación de CP en todos los niveles de atención.
39. El 2018, la Ley 30846, Ley que creó el Plan Nacional de Cuidados Paliativos para Enfermedades Oncológicas y No oncológicas, cuya implementación permitirá brindar los cuidados paliativos a las personas que experimentan dolor y sufren como consecuencia de enfermedades crónicas en fase terminal, mediante la atención de sus necesidades físicas, psicológicas, espirituales y sociales, con apoyo a su familia.
La OMS declaró el 2014 los Cuidados Paliativos como un derecho humano, lo que hace vinculante el desarrollo de esta forma de atención al Estado Peruano, de esta manera se estaría reconociendo la necesidad de un sector de la población que actualmente tiene dolor, y sufrimiento intenso, a que se le brinden los cuidados médicos adecuados y proporcionales a fin de tener una muerte digna. Sin embargo, el desarrollo de los CP en el país ha sido limitado, las instituciones que brindan CP están en su mayoría concentradas en la capital y corresponden a una IPRESS del tercer nivel de atención.

Inicialmente era brindado a pacientes oncológicos, pero después se reconoce la necesidad de extender a otras enfermedades.

40. Los CP, al tratar asuntos del final de la vida, donde se toman decisiones difíciles, toman parte importante en la discusión sobre morir con dignidad. Su normativa tiene un referente ético normativo que lo sustenta respetando los Principios bioéticos que los rigen, y los Derechos de los pacientes, curadores o tutores y las familias respectivamente.

Los beneficios de los CP, entre otros son; la menor necesidad de ingresos a Unidades de Cuidados Intensivos de pacientes en la etapa final de la enfermedad, permitiendo la compañía familiar y; el menor uso de tratamientos complejos y de alto costo, que lo que hacen es prolongar agonías y sufrimiento.

41. La muerte digna no es sinónimo de eutanasia, sino que es mucho más congruente con la atención paliativa, lo que podría ayudar a desistir de una probable decisión por la eutanasia; esto con atención a que la voluntad por adelantar la muerte puede estar condicionada. La voluntad de Eutanasia en un paciente con enfermedad en fase terminal es variable constantemente por factores psicológicos, ambientales, familiares, lo cual, con su ejecución apresurada, causa un daño irreparable.

Amicus Curiae PUCP

42. La Clínica Jurídica en Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú, ha sido presentada también por la propia demandante como Amicus Curiae, con un informe en favor de la beneficiaria. Para ello expone que la libertad del individuo frente a los abusos del poder es una preocupación vigente, en el contexto del Estado Social y Democrático el Derecho Penal y forma parte central de esta actividad estatal, estando legitimado y limitado por el derecho del individuo. El Estado para llevar a cabo tales actividades de persecución penal tiene como límite al que debe atenerse el legislador penal se contiene en las disposiciones constitucionales.

43. La dignidad humana, conforme a la teoría kantiana prohíbe al Estado a instrumentalizar a las personas, y le obliga a tratarlas como fines, mas no medios. La autodeterminación de la persona humana es así el límite principal. Esta debe ser entendida como la libertad y capacidad de las personas para tomar decisiones sobre sí mismas, lo que consecuentemente implica aceptar o rechazar determinadas situaciones o intervenciones que pueden incidir en sus derechos y libertades. Así se establece el consentimiento informado en el ámbito médico que consiste en una decisión previa de aceptar o someterse a un acto médico en sentido amplio, obtenida de manera libre (sin amenazas, coerción, inducción o alicientes impropios), manifestada con posterioridad al acceso y obtención de información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible. El consentimiento genera la exclusión de la responsabilidad penal, no específica si ello se debe a una exclusión de tipicidad o antijuridicidad. Estos conceptos son propios de la teoría del delito. Por un lado, una conducta es típica cuando en ella se presentan todos los elementos del tipo penal, (objetivos y subjetivos). Por otro lado, la antijuridicidad consiste en la contradicción que existe entre la conducta típica y el ordenamiento jurídico, en específico, el mandato normativo. En esa línea, los vicios de voluntad (error, engaño y fuerza) serían irrelevantes para el acuerdo, pero no para el consentimiento, pues este último, como consecuencia de estos vicios, devendría en ineficaz.

Para la validez del consentimiento informado es preciso por ello el carácter previo, que sea libre, sin coacción y sea de carácter pleno e informado.

44. Sobre la disponibilidad del bien jurídico: vida, sostiene que, existe una tesis que sostiene que el Estado debe proteger la vida, aún en contra de la voluntad de su titular, de acuerdo con esta tesis, prevalece la voluntad del Estado, que el derecho a la vida no implicaría un derecho a morir.
45. Sostiene que uno de los hitos de la tesis de la autodeterminación y disposición del bien jurídico: vida, se da en la Sentencia española 120/1990, de fecha 27 de junio de 1990, que se pronuncia sobre el caso de la huelga de hambre en el Centro Penitenciario Soria de Madrid. Esta huelga puso en tela de juicio la intervención paternalista del Estado español para proteger a sus ciudadanos, al alimentar forzosamente a los participantes de la huelga, desconociendo la libertad de decidir que estos tienen sobre su propia vida y muerte.
46. El presunto bien jurídico protegido en el artículo 112 del código penal, debe ser analizando a partir de lo que el Tribunal Constitucional, considera como que, el bien jurídico constituye un mecanismo de limitación, así como un mecanismo de legitimación de la intervención penal. Respecto a la limitación, el bien jurídico exige que la ley penal sólo describa conductas merecedoras de pena, sea porque lesionan un bien jurídico o lo ponen en peligro.
47. Para explicar el delito de homicidio piadoso expone que debe hacerse un primer acercamiento: vida, por pertenecer, sistemáticamente el delito de homicidio piadoso, al capítulo de delitos contra la vida. Un segundo acercamiento: la concepción sacrosanta de vida, lo que explica la forma de protección de la legislación penal actual. De ello concluyen que, es una intromisión ilegítima a la esfera de autonomía de la víctima consideran que la vida desprovista de autonomía no puede ser objeto de protección del derecho penal. Por el contrario, la autonomía es un presupuesto para la vida concebida como aquella que implica la dignidad de principio a fin. En ese sentido, resulta errónea la aproximación del Código Penal cuando pretende proteger a la vida como una entidad biológica, sin tomar en consideración la dignidad y la autonomía de la persona. Por ello señalan que el artículo 112 del c.p. es incompatible con un Estado Constitucional de derecho. La vida es un bien jurídico inherentemente ligado a la dignidad y la voluntad. No es solo un sustrato biológico. Desde una dimensión meramente biológica, al momento de prohibir y sancionar el delito de homicidio piadoso en el artículo 112º del Código Penal contraviene el contenido que debe tener todo bien jurídico para justificar la intervención del Derecho Penal en un Estado Constitucional de Derecho, basado en la autonomía y la libertad de la persona.
48. La protección que debe tener el bien jurídico penal "vida" trasciende del sentido meramente biológico de esta y abarca un fundamento ius-filosófico inescindible de la dignidad y la autonomía de la voluntad. La aplicación del artículo 112º del Código Penal, por tanto, antes que proteger el derecho a la vida (digna), la desprotege, si la entendemos bajo estos términos. De lo anterior se sigue que es perfectamente compatible con los fundamentos del Derecho Penal democrático que ampara la Constitución Política del Perú, la inaplicación del delito de homicidio por piedad en el caso de la Sra. Ana Estrada Ugarte, a efectos de proteger los derechos fundamentales que dicha ley estaría lesionando y amenazando.

Apoyos y salvaguardias y declaración de penúltima voluntad.

49. Con fecha 18 de diciembre de 2020, doña Ana Estrada Ugarte ha otorgado Escritura Pública designando apoyos y salvaguardias, adicionalmente en el mismo documento ha expresado su voluntad de rechazar tratamientos que prolonguen su vida de manera que ella considera injustificada, así como tratamientos, operaciones invasivas que no garanticen un tratamiento efectivo y finalmente, en caso de que se apruebe su pretensión de otorgársele el derecho a la muerte digna o se legalice está otorga facultades a sus apoyos a efecto de que realicen los trámites necesarios para efectivizar y dar cumplimiento a su voluntad. El documento ah sido adjuntado a un escrito presentado ante esta judicatura.

Con lo que la causa está en situación de sentenciarse.

II ANALISIS.

EXCEPCION DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR DE LA DEMANDADA.

50. El Procurador de del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos deduce excepción de falta de legitimidad para obrar de la demandada, expresando que, de las pretensiones de la demanda, no se observa que el Ministerio de Justicia deba realizar un acto de ejecución o pueda afectarlo, que tampoco ha afectado alguno de los derechos de la demandante y no ha tenido intervención alguna en la etapa previa al proceso judicial. El MINJUS no necesariamente debe ser emplazado en los procesos donde se haga control difuso de las normas. El control difuso no es un petitorio en sí mismo, sino una institución que debe surgir en el debate del caso concreto. Es distinto el caso de los procesos constitucionales de control normativo, donde el único debate es la constitucionalidad de las leyes en abstracto, como la de Acción Popular.

51. En relación a la excepción de falta de legitimidad para obrar de la emplazada; se tiene que, esta judicatura admitió la demanda, aceptando el emplazamiento de este Ministerio, en tanto se solicita, la inaplicación de normas del Código Penal, argumentando afectaciones a los derechos constitucionales invocados.

Debe tenerse presente que, el artículo 4° de la Ley 29809, Ley de Organización y funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, establece, en su **artículo 4°** el **Ámbito de competencia**, precisando en el inciso:

F) Defensa, coherencia y perfeccionamiento del ordenamiento jurídico.

Por lo que, debe entenderse que es competencia de este Ministerio, pronunciarse sobre el cuestionamiento a las normas de todo el ordenamiento jurídico y, muy en especial de normas relacionadas a su sector, como es el Código Penal, **razón por la que debe desestimarse la excepción deducida**, puesto que la Ley, de manera expresa, responsabiliza a este sector, la defensa del ordenamiento jurídico.

OTRAS CUESTIONES DE PROCEDENCIA.

Principios de Separación de poderes y Corrección funcional.

52. Las demandadas, sin proponer una excepción formal, han señalado, de manera genérica que, las pretensiones propuestas por la parte demandante implicarían una afectación a los principios de Separación de Poderes y Corrección Funcional, en tanto, no solo se propone la inaplicación para el caso concreto, de un artículo del Código Penal, sino la generación de una norma que establezca el derecho a la denominada muerte digna que,

es la pretensión principal de la demandante y en tanto, no solo no está regulado ni permitido, en la legislación peruana, siendo que, por el contrario, está penado en el código penal y que, asimismo, son parte de sus pretensiones; la generación de protocolos para que se hagan efectivas sus propias pretensiones, incluyendo para futuros casos similares, lo que excede a la facultad de interpretación del Juez Constitucional.

53. Analizadas las pretensiones, sin perjuicio del orden propuesto por la demandante, para efectos del análisis de su procedibilidad, vamos a agruparlas de la siguiente forma:

- A. *Declaración judicial de la existencia del derecho a la muerte digna.*
- B. *Inaplicación de norma penal; Art. 112 del Código Penal a fin de que pueda ser asistida, en tanto no le es posible hacerlo por sí misma.*
- C. *Establecimiento de un mecanismo y criterios de aplicabilidad del derecho a la muerte digna.*
- D. *Establecimiento de protocolos para viabilizar la ejecución del derecho invocado, por parte dos instituciones del Estado.*
- E. *Establecimiento de protocolos para casos similares.*

De las pretensiones enunciadas, se tiene que; existe cuestionamiento respecto del enunciado A, en tanto, no existe formal y expresamente este enunciado normativo, siendo que la demandante, sostiene que es posible determinarlo vía interpretación de los derechos fundamentales invocados, de modo que, antes que prohibirlo y sancionarlo, el

Estado está en la obligación de cumplirlo, viabilizarlo y establecerlo formalmente, sobre lo que las demandadas sostienen que, el Juez Constitucional no debería hacerlo, pues ello es una función del legislador.

Respecto del punto B, inaplicación del artículo 112 del Código Penal, el cuestionamiento procesal señala que es, igualmente, la derogatoria de normas es función legislativa.

En cuanto a los puntos C y D, establecimiento de mecanismos, criterios de aplicabilidad y protocolos de ejecución, son también función ajena a la función jurisdiccional, pues tanto la función legislativa, de dictado de políticas generales, como reglamentarias, no corresponden a la labor jurisdiccional

En cuanto al punto E, del mismo modo, consideran que además de ser ajena a la labor jurisdiccional, se pretende una norma de alcance general y no de aplicación al caso concreto.

54. Previo a un pronunciamiento sobre la procedencia de cada uno de estos puntos es menester hacer un análisis interpretativo y doctrinal de la materia a fin de determinar si, en efecto, se afectarían estos principios constitucionales de Separación de poderes y Corrección funcional.

Nuevos derechos y derechos innominados.

55. El Tribunal Constitucional, en varias oportunidades se ha pronunciado sobre la existencia de derechos innominados, derechos nuevos o derechos derivados de

aquellos expresamente establecidos en la tabla del articulado de la Constitución. Pondremos uno, solo por ser ilustrativo y no reciente: (EXP. N° 2488-2002-HC/TC).

“13. Así, el derecho a la verdad, aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional, es un derecho plenamente protegido, derivado en primer lugar de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera que, en una medida razonablemente posible y en casos especiales y novísimos, deben desarrollarse los derechos constitucionales implícitos, permitiendo así una mejor garantía y respeto a los derechos del hombre, pues ello contribuirá a fortalecer la democracia y el Estado, tal como lo ordena la Constitución vigente.

14. El Tribunal Constitucional considera que, si bien detrás del derecho a la verdad se encuentra comprometidos otros derechos fundamentales, como la vida, la libertad o la seguridad personal, entre otros, éste tiene una configuración autónoma, una textura propia, que la distingue de los otros derechos fundamentales a los cuales se encuentra vinculado, debido tanto al objeto protegido, como al telos que con su reconocimiento se persigue alcanzar.

15. Sin perjuicio del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la verdad, éste también ostenta rango constitucional, pues es una expresión concreta de los principios constitucionales de la dignidad humana, del Estado democrático y social de derecho y de la forma republicana de gobierno.”

56. En nuestro caso, la demandante invoca la existencia de un *derecho fundamental* a la muerte digna, sobre cuya fundabilidad o no, nos pronunciaremos más adelante, pero que en esta parte, sólo señalaremos que, los fundamentos arriba citados, son parte de una Sentencia del Tribunal Constitucional en un Proceso de Habeas Corpus; vale decir que, se hace en un proceso de garantías constitucionales que se inicia en un Juzgado de primera instancia o especializado, lo que implica que, desde este nivel, era perfectamente posible su construcción argumental y dogmática para pronunciarse sobre la existencia de un derecho, sea este un derecho fundamental o de menor nivel; nótese que, según la propia sentencia, la pretensión fue declarada fundada en la primera instancia. Así, aun cuando no existe en nuestra legislación positiva un enunciado normativo que declare el *derecho a la muerte digna*, procesalmente es posible hacerse desde la interpretación de los derechos fundamentales. Será materia de un análisis más exhaustivo, en adelante, su formulación o negación, siendo que, en esta parte, queremos solo fundamentar la procedencia, de manera general.
57. La demandante ha invocado, como fundamentos que; la prohibición penal, no le permitiría ejercer, los derechos a una muerte en condiciones dignas, su derecho a la dignidad, a la vida digna, al libre desarrollo de la personalidad y una amenaza cierta al derecho a no sufrir tratos crueles e inhumanos. Sostiene para ello que, viene padeciendo de una enfermedad degenerativa, (polimiositis), incurable e irreversible, que determinará su muerte en tiempo prolongado, en cuyo transcurso se verá sometida a intervenciones y prácticas que le significarán gran sufrimiento, sin que exista la posibilidad de acabar con dicho sufrimiento por sí misma, como forma de ejercer su voluntad, libertad y demás derechos invocados. Así; no existiendo en nuestra legislación una declaración o reconocimiento expreso de ese derecho, sostiene que debe considerarse el principio de *númerus apertus* de nuestro sistema de derechos fundamentales, establecido en el artículo 3° de la constitución Política vigente. En tal sentido, siendo una invocación de un

derecho *no expreso*, es preciso analizar y determinar si en efecto, es atendible la argumentación de la demandante.

El control difuso.

58. El Tribunal Constitucional ha establecido normas para el control difuso, así por ejemplo en el EXP. N° 1680-2005-PA/TC, señala que:

“... el control judicial de constitucionalidad de las leyes es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar la inaplicabilidad de la ley, con efectos particulares, cuando la ley aplicable para resolver una controversia. Se trata de un poder-deber del juez, consustancial a la Constitución del Estado Constitucional. Es una auténtica norma jurídica, constituir la Ley Fundamental de la Sociedad y del Estado, un derecho directamente aplicable. Siguiendo al Chief Justice Jhon Marshall al redactar la opinión de la Corte Suprema en el Leading Case Marbury v. Madison, resuelto en 1803, se le cita:

El poder de interpretar la ley (...), necesariamente implica el poder de determinar si una ley es conforme con la Constitución. En cualquier causa que involucre dos leyes en conflicto, el juez debe decidir cuál es la que debe regir. Así, si una ley está en oposición con la constitución, si la ley y la Constitución son ambas aplicables a un caso particular, de manera que la Corte deba decidir esa causa conforme a la ley, sin atender a la Constitución, o conforme a la Constitución, sin atender a la ley; la Corte debe determinar cuál de estas normas en conflicto rige en el caso. Esto es de la misma esencia de los deberes judiciales.

En tanto la ley es expresión de la voluntad general representada en el parlamento, su uso debe ser de última ratio. Así, las leyes deben sujetarse a la Constitución, pero también es el límite al ejercicio del control judicial, por lo que debe procurarse una interpretación, dentro de lo razonable y posible, conforme a la constitución”.

59. De esta manera, en nuestro caso, no se trata de una derogación de la norma, que en efecto es facultad del legislativo, tampoco es una declaración de inconstitucionalidad en abstracto, puesto que la demandante invoca la afectación personal de sus derechos fundamentales, los mismos que serán analizados más adelante, pero que evidencian una relación relevante, en tanto su pretensión es que, en su momento, se le acuda mediante asistencia profesional, a que se dé cumplimiento de su voluntad, en cuyo caso, quien lo haga, sería pasible de ser sancionado, pues dicha acción encuadra en el tipo penal establecido en el artículo 112 del Código Penal, materia de la pretensión.

60. Solo puede hacerse dentro de un caso, puesto a la dirimencia del Juez, siempre que sea relevante para el caso, (Juicio de relevancia). No puede hacerse si no hay suficiente relación, ni por curiosidad académica del juez. En consecuencia, la declaración importa para el caso, tanto la pretensión principal como las accesorias, debiendo quedar acreditada la afectación de la ley a su derecho fundamental. En este punto, queda claro que, siendo un proceso de amparo, los efectos deben ser *inter partes*, esto es que, podría afectar la última pretensión de la demandante, sobre lo que volveremos más adelante.

En efecto, debe hacerse un juicio de relevancia y de proporcionalidad respecto de los derechos que serían afectados, especialmente el derecho a la dignidad y de libre determinación.

61. No puede hacerse, respecto de normas cuya validez, el Tribunal Constitucional haya sido confirmada en control abstracto, o sobre los que se establezca una contravención con una norma convencional; sin perjuicio de que, en un caso concreto y distinto a los evaluados por el Tribunal, pudiera demostrarse la afectación, (Balancing). Al respecto, de una revisión de las resoluciones del Supremo intérprete, (Sobre Inconstitucionalidad) y de la Corte Suprema, (Sobre Acción Popular), en caso de alguna norma reglamentaria

relacionada, no se ha encontrado pronunciamiento alguno, como tampoco ha sido invocado o señalado por la defensa.

Queda claro así que, la norma impugnada, no ha sido atacada de inconstitucionalidad, es una norma vigente y autoaplicativa, en tanto no se requiere reglamentación ni remisión alguna para su aplicación en un caso concreto.

Finalmente, debe señalarse que, más adelante deberá hacerse un análisis interpretativo de las posibles hipótesis fácticas de la aplicación de la norma, a fin de establecer en qué casos resultaría o no inaplicable o inconstitucional la norma legal y en su caso, determinar su inaplicación en algún extremo interpretativo.

62. Siendo el tema de fondo, la determinación de estos derechos invocados, por razones de orden procesal, vamos dejar aún sin contestar esta pregunta o como hipotética la cuestión de que le asisten a la demandante los derechos invocados.

En efecto, la parte demandada, (los tres procuradores), han sostenido que, un derecho que no está consagrado en la Constitución, no es posible de ser declarada y menos ejercida en la vía del proceso de amparo, tampoco en otras vías de la jurisdicción constitucional, debiendo dejarse, (invocarse o esperarse), esa facultad para el legislador. Uno de los Procuradores, ha sugerido más bien a la demandante, (siendo que la Defensoría tiene legitimidad para presentar proyectos de leyes), proponerlos ante el Congreso de la República, empero, con lo señalado en estas líneas, podemos sostener que procesalmente, es válido sostener que, el derecho, aun cuando no tenga un enunciado normativo en legislación positiva, reiteramos, es posible derivarlo de los derechos fundamentales, siempre que se cumplan con los requisitos y no se incurra en el exceso que el propio Tribunal Constitucional señala en tales casos. Es preciso además abundar en que existen otros fundamentos que nos obligan a un pronunciamiento sobre la materia puesta a este despacho, como el principio de ***inexcusabilidad***, que implica que, cuando se observa, de manera evidente, la necesidad de resolver un conflicto o declarar el derecho de una persona, no es posible que el Juez deje de atender, bajo el fundamento de la inexistencia de un texto normativo en que pueda subsumirse el requerimiento.

El principio de inexcusabilidad.

63. En la Constitución peruana de 1979, se elevó al nivel constitucional un principio ya existente, aquel que determina el deber de fallar del juez aún ante la inexistencia de ley. La Constitución de 1993, igualmente dice:

Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

64. Este principio, históricamente nace del derecho civil, entendiéndose la necesidad de resolver los conflictos entre privados, aun cuando no existiese una ley que resolviese el caso en concreto y considerando la variedad de las situaciones y el desarrollo de la sociedad que siempre es capaz de presentar nuevas situaciones. El principio tiene larga vida en el Perú. Ya estaba el Código Civil de 1936¹ y, más antes en el de 1852, como heredero de la influencia del Código Napoleónico. Ciertamente es también que, desde sus orígenes, se generó la discusión sobre el papel del Juez, que necesariamente crea

¹ Art. VIII del título preliminar.

derecho, en este punto. En esta causa, se propone igualmente que, sería un exceso que el Juez Constitucional resuelva sin norma expresa del legislador, aun cuando hay normas generales y principios aplicables, en la Constitución y en otras leyes. Es la otra cara del derecho a la tutela jurisdiccional. Claro está que, aun siendo un derecho constitucional, no es aplicable a todo el derecho. Así, en el derecho penal, existe más bien, el principio de legalidad y taxatividad. Esto es que, en el derecho penal, no es posible condenar cuando hay un vacío o laguna en la ley. El acto no establecido positivamente como delito, no es sancionable, aunque socialmente, políticamente o moralmente sea reprochado. Se entiende en este punto, el cuestionamiento de los procuradores, posiblemente desde la perspectiva del derecho administrativo, especialmente desde el derecho administrativo sancionador, donde también, el principio de legalidad, resulta imperativo. De hecho, nuestro Tribunal Constitucional sustrajo una pasajera atribución de hacer control difuso a los órganos administrativos; pero al mismo tiempo, debe entenderse que la norma administrativa no es tal, si no está conforme a la Constitución

65. En el derecho constitucional y más exactamente en la jurisdicción constitucional, en caso se constate el derecho, por ejemplo, en los principios constitucionales, existe la obligación de fallar, de parte del Juez. Este elemento debe unirse a otros dos; la aplicabilidad de las normas constitucionales a los casos concretos, que se hace efectiva a partir del constitucionalismo de post guerra, corriente que considera que, las normas y principios constitucionales, no solo tienen carácter programático, sino de aplicación inmediata actual y real y, el control constitucional, sobre todos los actos del Estado, de modo tal que, no hay zonas exentas del control de constitucionalidad. Nos explicamos. El Tribunal Constitucional, en numerosas situaciones ha resuelto inaplicando una norma y ante la ausencia de norma expresa, conforme hemos glosado, al inicio de esta resolución, la genera, a partir de los principios constitucionales, a fin de establecer. A) La constitucionalidad de todos los actos de los órganos del Estado y b), resolver conforme al derecho y la Constitución estimando la demanda. Así, se tiene por ejemplo que; de acuerdo a la propia Constitución, las decisiones del Jurando Nacional de Elecciones no pueden ser materia de cuestionamiento en sede judicial, sin embargo, el Tribunal Constitucional, ha resuelto reiteradamente que, no puede escapar al control de constitucionalidad. Así, establece el precedente EXP. N. 0 5854-2005-PA/TC. Caso LIZANA PUELLES:

"5. La Constitución es, pues, norma jurídica y, como tal, vincula. De ahí que, con acierto, pueda hacerse referencia a ella aludiendo al "Derecho de la Constitución"2, esto es, al conjunto de valores, derechos y principios que, por pertenecer a ella, limitan y delimitan jurídicamente los actos de los poderes públicos.

6. Bajo tal perspectiva, la supremacía normativa de la Constitución de 1993 se encuentra recogida en sus dos vertientes: tanto aquella objetiva, conforme a la cual la Constitución preside el ordenamiento jurídico (artículo 51°), como aquella subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (artículo 45°) o de la colectividad en general (artículo 38°) puede vulnerarla válidamente."

(...)

Parte resolutive: (Precedente).

"2. De acuerdo con los artículos 201° de la Constitución y 1° de la LOTC, este Tribunal, en su calidad de supremo intérprete de la Constitución, según ha quedado dicho en el Fundamento 35, supra, establece que toda interpretación de los artículos 142° y 181° de la Constitución que realice un poder público en el sentido de considerar que una resolución del JNE que

afecta derechos fundamentales, se encuentra exenta de control constitucional a través del proceso constitucional de amparo, es una interpretación inconstitucional. Consecuentemente, cada vez que el JNE emita una resolución que vulnere los derechos fundamentales, la demanda de amparo planteada en su contra resultará plenamente procedente."

Reiterando así, se tiene que, desde el derecho civil, se ha entendido tradicionalmente, como una garantía de acceso a la justicia al ciudadano, por parte del Juez. Aun en pleno auge de las corrientes positivistas, se tenía esta institución como una prohibición para el juez, de no dejar de solucionar un conflicto de intereses o de declarar un derecho, a falta de norma expresa o como excepción para la integración con el principio de equidad. Recuérdesse que el Código Civil ha tenido tradicionalmente, normas de aplicación de ciudadanía o derechos civiles que se han constitucionalizado con el tiempo.

66. La jurisdicción no puede dejar de ejercer su función de declarar el derecho entre las partes mediante la emisión de una resolución, considerándose la jurisdicción como una potestad, tanto del constituyente como del legislador. En su evolución al derecho constitucional, se convierte auténticamente en una cláusula de autorización a crear derecho para el caso concreto².
67. Tenemos presente que, en la base del Estado Legislativo, se ubica la supremacía de la ley, al ser el producto de la voluntad del soberano. Sin embargo, paradójicamente, si el sistema legal determinase que en caso de laguna, u oscuridad, el Juez tuviera que elevar consulta al legislador, (Pedir norma), nos encontraríamos en una situación en la que el legislador tuviera que emitir la norma en relación al caso en concreto, aunque su eficacia fuese con efectos generales, que además, la norma se tendría que aplicar con efecto retroactivo, cuestiones que, contrariamente al fin propuesto, implicaría la invasión del legislativo en las funciones de la jurisdicción. Surge así, el principio de completitud del sistema constitucional, según el cual, el juez constitucional debe resolver con base a los principios generales, por lo que se considera, como consecuencia que: "No hay vacíos legales, porque hay jueces".
68. Hans Kelsen, formalmente niega la existencia de las lagunas o de su teoría. Cuestiona la idea de que, partiendo del principio de que; aquello que no está prohibido, está permitido dice más bien que la completitud de la ley, debe entenderse, considerando que, los principios del derecho, son también derecho.

"Esta teoría es errada, puesto que reposa en la ignorancia del hecho de que cuando el orden jurídico no estatuye ninguna obligación a cargo de un individuo, su comportamiento está permitido. La aplicación del orden jurídico válido no es lógicamente imposible en el caso en que la teoría tradicional supone una laguna. Puesto que, si bien en el caso de que no sea posible la aplicación de una norma jurídica aislada, es posible en cambio la aplicación del orden jurídico, y ello también constituye aplicación de derecho. La aplicación del derecho no está lógicamente excluida De hecho no se recurre de ninguna manera en todos los casos en que la obligación del demandado o acusado, afirmada por el demandante o acusador, no se encuentra estatuida por ninguna norma del derecho válido, a suponer la existencia de una "laguna"³.

69. Sea cual fuese la teoría que podamos asumir, en nuestro sistema constitucional, el alcance del principio de inexcusabilidad, siendo una norma de excepción, ha determinado al juez, el deber de cumplir con la función jurisdiccional, de pronunciarse, de fundamentar sus resoluciones y con ello de crear la norma para el caso concreto.

² Benavides, Patricio Martínez. Derecho constitucional. El principio de inexcusabilidad y el derecho de acción desde la perspectiva del estado constitucional. Revista Chilena de Derecho, vol. 39 Nº 1, pp. 113 - 147 [2012]. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372012000100006>

³ Kelsen Hnas. Teoría Pura del Derecho. UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO. México 1982. Pág. 259.

70. El paso del Estado Legislativo al Estado Constitucional, supone básicamente, la centralidad de la norma constitucional y con ello la labor interpretativa del Juez. Es el paso de identificar la ley con el derecho y el ejercicio de la subsunción, para pasar a la declaración del derecho objetivo, a la luz de los principios procesales y sustanciales contenidos en la Constitución, especialmente en los derechos fundamentales.

Habiendo señalado que, el deber de no dejar de administrar justicia es un principio, de acuerdo al texto de nuestra Constitución, (1993), debe considerarse que no se trata solo de un texto legal con sentido de lenguaje cotidiano. Consideremos así que, jurídica y filosóficamente; principio es un concepto amplio, pero que, para nuestros fines, lo consideraremos como la base de ideales, fundamentos y reglas generalmente aceptadas y aplicables y, punto de partida para el desarrollo de la teoría. Entonces, el deber de no dejar de administrar justicia o principio de inexcusabilidad del Juez, lo reconoceremos como fundamento para elevar su importancia. En palabras de Robert Alexy, como "mandatos de optimización", del sistema judicial, pues si un caso o una persona, necesita de una declaración de sus derechos, será preciso que el Juez se pronuncie; señalando sus fundamentos, (Interpretación), en tanto no solo es una subsunción y, subsecuentemente de la construcción del enunciado normativo. Si tenemos en cuenta que una de las características del Estado, (Inclusive un Estado primitivo), es la de administrar justicia, que la administración de justicia es previa a la norma positiva y que la construcción de los principios es propia del desarrollo jurídico, debemos entender que, en el Estado Constitucional, el principio de no dejar de administrar justicia es un mandato de optimización. Así, siguiendo a este jurista diremos que, para la aplicación de la teoría general de los principios, resulta útil otro principio, el principio de proporcionalidad, sobre el que más adelante, en la aplicación del caso en concreto de la pretensión, volveremos; pero que en esta parte lo enunciamos, para decir que, el principio de inexcusabilidad es tal, en tanto que a él se unen consecuencias jurídicas y fácticas como, el acceso a la tutela judicial, (la otra cara de este principio), y otros como, el monopolio del Estado en la administración de justicia, la propia separación de poderes que se cuestiona y nos ocupa, pues, reiteramos, esperar que el legislativo legisle para el caso concreto, implicaría precisamente la afectación del principio de separación de poderes, aun cuando a futuro, la norma tenga efectos generales. En conclusión, el principio de inexcusabilidad y el de supremacía de la Constitución, son principios de optimización de los citados principios de separación de poderes y corrección funcional, del Estado democrático constitucional y que, para su aplicación, el Juez debe hacer un esfuerzo en el mismo sentido de la teoría desarrollada por Alexy, en tanto lo contrario sería, no otorgar tutela jurídica.

71. La ausencia de norma no es un hecho general y cotidiano. Es una excepción en los estados modernos. Solo para determinar la procedencia de las pretensiones, empero, hemos partido del enunciado de que a la demandante le asistirían los derechos invocados y como tal debiera ser inaplicada la sanción a su caso en concreto y sobre lo que más adelante nos pronunciaremos.

En la práctica jurídica constitucional de hacer el control difuso nos encontramos con varias situaciones, entre ellas las más usuales son, a) Inaplicar una norma al considerarla inconstitucional, dejando el hecho, por ejemplo; sin sanción; b) Inaplicar una norma inconstitucional para dar lugar a la aplicación de la norma establecida en la propia constitución, como en los casos de igualdad de derechos y no discriminación, c) Inaplicar la norma para aplicar otra norma que se considere constitucional, esto es,

cuando el hecho o situación fáctica tiene una cobertura de dos normas o existen norma supletorias; entre otros casos; d) En el presente caso, empero, se nos solicita la inaplicación de la norma penal, (artículo 112 del Código Penal), con lo que, de por sí, ya se estaría estimando la pretensión principal, pero que dadas las características del caso en concreto, en el que, no se solicita que cualquier persona sea la que la acuda, sino que sea el Estado quien lo haga, en ejercicio de sus funciones para dar cumplimiento a su derecho, es preciso, 1) Distinguir los diversos supuestos que tiene la norma legal, 2) establecer los criterios y protocolos de su determinación en modo y tiempo, que son parte las pretensiones subordinadas y 3) los criterios y protocolos de su ejecución una vez determinado el modo y tiempo u oportunidad. Así, en punto 1) ha sido materia de oposición por los procuradores en menor medida que las pretensiones subordinadas. Esto es que, la inaplicación de la prohibición penal como tal, no es el tema central de las contestaciones de demanda, sino la actividad de creación de norma que se pretende y sin cuya determinación, podría hacer que la sentencia resulte inocua, inejecutable e intrascendente en su propio caso.

72. Es decir que, no basta con que se prescinda de la sanción penal, sino que sería preciso, en este caso que, el Estado, por intermedio de sus instituciones médicas, cumpla con los derechos invocados; es decir que se determine cómo, cuándo y bajo qué criterios es que podrá obrar quien realice el acto. Vale decir que, de acuerdo a la experiencia internacional, no es que una vez levantada la sanción penal; cualquier persona y, de cualquier modo, puede acudir a la petición de muerte digna de la persona que lo solicite. Esta es la parte que mayores cuestionamientos ha generado el caso y es la que a criterio de la parte demandada, constituye el elemento que podría afectar los principios de separación de poderes y corrección funcional.
73. Distinto habría sido el caso, de un Amparo en el cual, un médico hubiera asistido en la muerte a solicitud de la persona sufrente y que, al ser pasible de sanción penal, invocase los derechos de *muerte digna* de la fallecida, (con la correspondiente prueba de ello), para que se inaplique a su caso. De estimarse una demanda de ese tipo, no sería preciso establecer criterios, mecanismos ni protocolos para la funcionalidad de este "derecho" a la *muerte digna*. Así, si el solo hecho de legalizar el suicidio asistido, (lo que podría hacerse con una norma legislativa), es de por sí un espacio de debate para cuestionar si puede ser dispuesto por el Juez Constitucional, es más debatible y cuestionable el establecer la funcionalidad de la pretensión. Más aún, una parte de las pretensiones de la demanda es que el protocolo se establezca para la aplicación en casos similares. Esto es que se establezca una norma general y no para el caso concreto.
74. Sobre la fundabilidad y procedencia de cada una de las pretensiones volveremos más adelante. En esta parte, aunque de forma extensa, solo nos hemos ocupado de la procedencia de la demanda en la vía del amparo, lo que implica la posibilidad de estimar el derecho de la demandante en la vía del amparo y la presunta afectación de los principios de separación de poderes y corrección funcional. Ello poniendo como premisa, aun sin debate, de la fundabilidad de cuando menos la pretensión principal.
75. Es preciso, sin embargo, añadir, ya a modo de conclusión primaria que la labor de interpretación, del juez no puede desvirtuar las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, conforme señala el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia. Así, esta judicatura, al realizar su

labor de interpretación, cuidará de no desvirtuar las funciones y competencias a fin de que, el equilibrio de poderes inherente al Estado Constitucional y Democrático, se encuentre garantizado.

76. El principio de corrección funcional, o de conformidad funcional; limita las competencias y facultades otorgadas por el esquema constitucional a las instituciones políticas que reconoce. La Constitución de 1993, ha establecido así, el rol del Ejecutivo, como el ejecutor de las políticas de gobierno, el legislativo, como el órgano de fiscalización y formación de leyes y el Poder Judicial, para la administración de justicia con las normas que el legislativo emite. Sin embargo, la estructura del Estado moderno no es tan simple. Existen órganos constitucionales autónomos con diversas funciones, como el Tribunal constitucional que, por definición es un *legislador negativo*, cuando declara la inconstitucionalidad de una norma especialmente, pero también cuando inaplica una norma legal para un caso en concreto, sin perjuicio de las funciones de innovación del sistema jurídico vía interpretación, como ocurre en las sentencias manipulativas o aditivas. Esta facultad de órgano constitucional de legislador negativo excepcional, se extiende al Poder Judicial, (cada uno de los Jueces), cuando se establece el control difuso y de inconstitucionalidad de normas reglamentarias; en cuyo caso, deberá además determinar la consecuencia jurídica. En el caso de los procesos constitucionales, esta facultad se intensifica, pues la inaplicación del caso en concreto puede implicar efectos para la doctrina y casuística en general, aun cuando no se le reconozca a cada Juez la facultad de establecer jurisprudencia vinculante, a lo que se llama efecto de irradiación, en una de sus acepciones.
77. Esta facultad de inaplicar normas legales, en efecto, puede llevar a la denominada hiperactividad de los jueces o activismo judicial. Esta judicatura pretende no caer en esa crítica, menos hacer esa práctica. Consideramos que, en principio, se cae en esa práctica cuando el Juez desarrolla interpretaciones forzadas de la norma constitucional para no cumplir, o no acatar las leyes que dicta el legislativo; tal vez porque no las comparte, porque su moral o su ideología particular lo inclinan a una contradicción con las leyes vigentes o una norma concreta dictada por el legislador en uso de sus funciones.
78. No es activismo en cambio cuando; el debate o cuestionamiento de la norma legal se hace para el estricto cumplimiento de la Constitución, cuando la inaplicación y subsecuente generación de un enunciado normativo para el caso, se hace por estricta necesidad del cumplimiento de la propia sentencia, cuando el conflicto de intereses o la declaración judicial hace ineludible un pronunciamiento del juez en ausencia de norma o cuando al inaplicar una norma legal, por algún extremo de su interpretación, debe establecerse un procedimiento, protocolo o criterios de su cumplimiento. Esta judicatura, considera así, a modo de ejemplo el siguiente caso.

Caso perros guía. Inaplicación, enunciado normativo y protocolos de cumplimiento.

79. El Tribunal Constitucional, en el EXP N 02437 2013-PA/TC, ante una demanda de personas con discapacidad visual a quienes no se les permitía el ingreso con sus perros guía; dispuso inaplicar el artículo 88° de la Ley N.°26842, de la Ley General de Salud y el artículo 8° del Decreto Supremo N° 022-2001-SA, Reglamento Sanitario para las Actividades de Saneamiento Ambiental en Viviendas y Establecimientos Comerciales, Industriales y de Servicios, "... **para permitir que los demandantes con discapacidad visual ingresen en sus instalaciones acompañados de sus perros guía, garantizando su**

permanencia en tales locales de manera ilimitada, constante y sin trabas”, lo que significaba el efectivo ejercicio de su derecho en uso de la Ley N° 29830 y de derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, ejercicio de su capacidad, entre otros. El TC así, consideró que la intervención que se hacía al derecho de las personas con discapacidad, en uso de normas sanitarias, era excesiva y desproporcionada, por lo que dispone la inaplicación de las citadas normas sanitarias, permitiendo que los *demandantes*, ingresen sin esa limitación. Para su ejecución, el Juez dispone el **cúmplase** en el plazo de ley. La demandada, en respuesta solicita que **los demandantes**, cuando quieran hacer uso de su derecho **lo hagan, con su debida identificación**, para anunciarse al ingresar a la tienda, a efectos de la ejecución. El suscrito en calidad de Juez de la ejecución,(2° Juzgado Constitucional de Lima), consideró que, el hecho de tener que identificarse, o portar consigo una copia de la sentencia o cualquier otro formalismo implicaba una limitación en sí misma y siendo que en la sentencia establecía que se ejerciese el derecho, *de manera ilimitada, constante y sin trabas*. Era preciso establecer un protocolo de cumplimiento de la decisión del Supremo Intérprete; por lo que se dispuso: 1) La demandada debía instalar en todos sus locales un anuncio por cartel, donde se señale la permisión de ingreso de las personas invidentes con perros guía, (para conocimiento del personal nuevo y del público), 2) la socialización y concienciación a todo el personal de lo dispuesto en la sentencia; 3) lo que se debía acreditar con un informe documentado. El abogado consideró que el Juez estaba legislando e impugnó la resolución, pero la cumplió y está vigente, al punto que se ha convertido en una buena práctica que otras empresas han imitado, sin sentencia ni norma adicional.

80. En el citado caso, el Tribunal inaplica una norma por afectar derechos fundamentales, (Igualdad y otros), no precisamente por ser una norma inconstitucional y dispone la aplicabilidad, sin límites, de una ley existente; sin embargo, la idea de cumplimiento de la demandada, era generar una nueva traba, (que los dos demandantes se identifiquen con sus DNI cada vez que pretendan ingresar), mecanismo que incumplía el mandato de no limitación, pues **no se le exige a ningún otro cliente una identificación previa**; por lo que la forma más adecuada de cumplimiento resultó ser la apertura general para toda persona con las mismas condiciones. Restringir el cumplimiento a los *demandantes debidamente identificados*, habría implicado, además de permitir la afectación del derecho de otras personas con discapacidad visual, una nueva forma de afectación discriminatoria. Así; no puede decirse que el juez legisló, pues la legislación ya existía en la Ley 29830, pero su cumplimiento a partir del caso en concreto, hizo necesario un protocolo en tres pasos; 1, carteles, 2 socialización de la sentencia entre trabajadores y 3, informe, para su cumplimiento de manera *ilimitada, constante y sin trabas*, como era el mandato del Tribunal.
81. Nuestra Constitución en su artículo 1° de los Derechos fundamentales de la persona, y del título I. De la persona y de la sociedad, de la Constitución del Perú de 1993, señala que: *“la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”*. La demandante ha invocado, en principio estos derechos fundamentales y este artículo constitucional. Se considera que ello es fundamental para determinar la estructura del Estado y su modelo económico, social y sus principios axiológicos. Bajo la lectura de este artículo, debemos tener presente el desarrollo del derecho constitucional que, se inicia con la idea que el Estado debe abstenerse, para respetar el desarrollo de la autonomía de la persona humana que cuenta con

capacidades y potencialidades; pero que al agregarse el concepto de dignidad, pasamos a reconocer la libertad en su estatus positivo por el que se entiende que las personas tienen las mismas capacidades y posibilidades para realizarse y el Estado debe promocionar y hacer cumplir estos derechos. La dignidad como tal, importa el aspecto corporal y racional; siendo que lo racional implica elementos como su sociabilidad, responsabilidad y trascendencia.

La dignidad es, de otro lado, una suerte de principio de principios o base de otros derechos, pues sobre esta se construyen otros derechos fundamentales, tanto frente al Estado, como entre los particulares.

82. En el caso que nos ocupa, la demandante fundamenta su derecho a morir en condiciones dignas, con lo que sustenta la primera parte de sus pretensiones, esto es, el reconocimiento mismo a concluir su proceso vital, es decir su vida, pero que, hasta en ese punto, se respete lo que ella considera una condición digna. Considerando además que, en su caso, no podrá ejecutar por sí misma su voluntad, pues se encuentra en una situación de dependencia; plantea dos pretensiones, a) Que se inaplique la sanción penal personal a quien contribuya o haga cumplir esa su voluntad, lo que implica el respeto del Estado por su libertad y que el acto sea legal, y b) Sea el Estado quien haga cumplir, mediante sus órganos ejecutivos o administrativos, (Entre los que deberá encontrarse la o las personas que materialicen esa voluntad); lo que implica la actividad positiva del Estado para hacer efectivo el derecho reclamado por la demandante.
83. La dignidad humana, como derecho fundamental se ha desarrollado en el constitucionalismo, como un elemento muy gravitante después de la segunda guerra mundial y frente al totalitarismo que disminuye la voluntad del ser humano. Reconociendo que los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y en derechos, dotados como están de razón y de conciencia. El propio derecho constitucional, hace al texto constitucional norma de aplicación inmediata. Un fundamento para la aplicación sobre las leyes y de sujeción de estas al derecho fundamental.

Norma autoaplicativa.

84. De conformidad con el artículo 3° del Código Procesal Constitucional, es procedente el Proceso de Amparo contra actos basados en normas, cuando se invoque la amenaza o violación que tiene como sustento la aplicación de normas. Es preciso concordar esta norma con lo establecido en el artículo 200° de la Constitución. El Tribunal Constitucional ha desarrollado al respecto, la distinción teórica entre normas heteroaplicativas y normas autoaplicativas u operativas; EXP. N.° 01893-2009-PA/TC.

“3. Que las normas heteroaplicativas, también denominadas de efectos mediatos, pueden ser definidas como aquellas normas que, luego de su entrada en vigencia, requieren indefectiblemente de un acto de ejecución posterior para poder ser efectivas. Es decir, que la eficacia de este tipo de normas está condicionada a la realización de actos posteriores y concretos de aplicación. Por ende, la posible afectación del derecho no se presenta con la sola entrada en vigencia de la norma, sino que necesariamente requiere de un acto concreto de aplicación para que proceda el amparo a fin de evaluar su constitucionalidad.

En sentido contrario, las normas autoaplicativas pueden ser definidas como aquellas que llevan incorporadas en sí mismas un acto de ejecución, de modo tal que la posible afectación al derecho se produce con la sola entrada en vigencia de la norma, pues ésta produce efectos jurídicos inmediatos en la esfera jurídica de los sujetos de derechos. Es decir, que este tipo de normas con su sola entrada en vigencia crean situaciones jurídicas concretas, no siendo necesario actos posteriores y concretos de aplicación para que genere efectos”.

Así, es ya pacífico sostener que, las normas del Código Penal son operativas o autoaplicativas, en tanto, no requiere Reglamento o acto administrativo previo, que determine su aplicación. Cualquier persona que, “... *por piedad mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, ...*” podrá ser denunciado, investigado, procesado y sancionado con la pena establecida en el artículo 112 del Código Penal. Así, no se requerirá que exista acto o reglamento, previos para que se le aplique la norma.

85. En el caso de la demanda, se solicita la inaplicación de esta norma, en tanto considera que, su sola existencia impide el ejercicio de, lo que considera un derecho fundamental a la muerte digna. Sostiene además que en este caso se trata de una **amenaza**, pues considerando como su derecho a la dignidad, autonomía, la libertad, entre otros derechos invocados; en el caso de que solicitara el auxilio a un médico, este se abstendría, bajo la disuasión que surge de la aplicación, indefectiblemente, de la norma. Una de las causas por las que se determina esta distinción, entre normas heteroaplicativas y autoaplicativas, es que existen además otras vías para cuestionar la inconstitucionalidad o afectación de un derecho fundamental, como la acción de Inconstitucionalidad, por lo que es preciso que exista un acto o amenaza que afecte directamente a quien lo solicita. En el presente caso, la demandante sostiene que la beneficiaria tiene una **condición de salud particular** que en determinado momento **tendría el derecho de solicitar asistencia en concluir su ciclo vital biológico** lo que, esta norma impide. La intención de esta normativa es evitar el control abstracto de las normas en la vía del Amparo. En el presente caso, se ha señalado que esta sería una causal de improcedencia, esto es que la demandante está pretendiendo un control abstracto de la norma; sin embargo, esta judicatura tiene suficientes elementos para determinar que, **a)** Existe una situación concreta y real en el estado de salud de la beneficiaria Ana Estrada, lo que obliga a determinar si existe o no una amenaza a su derecho, que implicaría una declaración de fondo, antes que una cuestión procesal, **b)** La beneficiaria ha manifestado de forma expresa su deseo de recurrir a terceros para cumplir con su deseo de concluir su vida, lo que además considera un derecho fundamental. Establecer si tiene el derecho o no, es también un pronunciamiento de fondo, **c)** No se trata del derecho del tercero, esto es del médico o Comisión médica ejecutante lo que lo afecta, de manera directa, sino que la norma disuade a estas personas, impidiendo el cumplimiento de lo que considera un derecho fundamental a ser asistida. Así, no observamos que se pretenda un control abstracto. Nótese que el homicidio piadoso, implica necesariamente la participación de dos sujetos activos: 1) El que lo solicita y 2) el que lo asiste o ejecuta el homicidio, siendo que el primer sujeto, (activo y pasivo a la vez), no es punible.

De hecho, esta judicatura no hará un control abstracto de norma alguna, sino que hará un pronunciamiento de fondo en relación a los derechos invocados por la demandante y su beneficiaria. Debe entenderse que, el Juez debe proteger los derechos constitucionales con el mayor criterio de tutela, a fin de que se logre la plena vigencia de estos derechos, incluso cuando la lesión provenga de una norma legal y conservando la validez constitucional de la norma hasta donde sea razonable.

Respecto de lo señalado, Castillo Córdova, dice:

“Una interpretación en contrario será inconstitucional, ya sea porque entonces el poder político (en su función legislativa, judicial o ejecutiva) no está cumpliendo con uno de sus deberes primordiales: garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (artículo 44CP), como

*porque no se estaría cumpliendo con el principal criterio hermenéutico constitucional: la persona humana es el fin y la sociedad y el Estado se encuentran a su servicio*⁴.

Tema probatorio. El estado de salud de la beneficiaria Ana Estrada Ugarte.

86. El diagnóstico expuesto en el Informe médico adjuntado a la demanda, es el elemento de prueba más evidente del estado de salud de doña Ana Estrada Ugarte. En la demanda se ha narrado sus sensaciones y descrito sus dolencias y la situación de discapacidad progresiva a la que la somete la enfermedad. Clínicamente se le ha diagnosticado Polimiositis, una enfermedad autoinmune que afecta el tejido muscular. Se considera que es incurable, con lo que se tienen en el nivel de la ciencia actual. Es degenerativa, en tanto destruye las capacidades orgánicas de sus músculos y su organismo en general. Es progresiva porque se va agravando con el paso del tiempo, siendo que, se determinaron sus primeros síntomas a los 12 años de edad, y tiene en la actualidad 44 años de edad, fecha a la cual se le considera la enfermedad, avanzada.
87. Como parte de su tratamiento ha consumido o consume principalmente corticoides, medicamentos inmunosupresores, (ciclosporina e imurán), metrotexato e inmunoglobulinas, entre otros.

Ha tenido sucesivas y frecuentes intervenciones médicas, ha estado en Cuidados intensivos y cuidados intermedios en oportunidades, se le ha practicado o aplicado un tubo endotraqueal, una traqueotomía, (para poder respirar), una gastrostomía en cuanto no puede deglutir normalmente o cuando su estado de salud se hace crítico y debe ser alimentada mediante esta sonda, entre otras intervenciones.

Se puede probar y observar los periodos de crisis y mejoras temporales, así como el progresivo agravamiento de sus dolencias, con la historia clínica que adjunta a la demanda en Disco compacto, que se ha tenido a la vista.

Con lo señalado, esta judicatura puede considerar que, en efecto, su grado de dolencia es muy grave, no evidencia una muerte en el corto plazo, pero sí, situaciones insufribles, que afectan sus derechos, su libertad física, su condición psicológica, su desarrollo personal y profesional, pese a muchos esfuerzos, realizados por ella misma y su familia.

SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INVOCADOS.

Derecho a la dignidad

88. En este punto, es preciso tener presente el debate sobre la expresión de voluntad como expresión de la *razón* y fundamento de la dignidad, respecto de la dignidad que debe reconocerse también en las personas con discapacidad psicosocial. La tradición Kantiana ha influido de tal forma en el derecho que, somos tributarios de la diosa Razón. Así, Dworkin, establece una relación entre la razón y la dignidad al punto que, de una primera lectura puede considerarse que solo es digno quien tenga razón y es *solo* pasible de beneficencia quien, a consecuencia de una discapacidad no puede expresar su voluntad o esta, está afectada. Sin embargo, el propio autor, se encarga de distinguir entre lo que es la dignidad, la indignidad, la conciencia de indignidad y la beneficencia. A nuestra consideración, sin embargo, al haberse cargado a la razón, como fundamento

⁴Castillo-Córdova, Luis. Normas Autoaplicativas, Alternatividad y Amparo Contra Amparo en el Código Procesal Constitucional. Pirhua. Revista Jurídica del Perú, (59), 33-45.

de la dignidad, el debate quedó abierto, puesto que no satisface plenamente establecer que hay dignidad después de la razón, solo cuando se ha tenido razón previamente, y sin un fundamento suficientemente claro, respecto de aquellos que nunca tuvieron uso de razón o no la pudieron expresar.

89. El derecho ha desarrollado un avance al reconocerle dignidad a las personas con cualquier discapacidad, de acuerdo a la Convención de los derechos de las personas con discapacidad. Consideramos por ello que, la dignidad es inherente a la persona humana, aun cuando esté afectada, en ese punto, su propia autopercepción⁵. La capacidad no puede ser considerada como sinónimo de dignidad o único fundamento de ella, ni siquiera el único receptáculo de la dignidad.

En efecto, la dignidad, se configura en el respeto que se tiene por el otro, cualquiera que fuese su condición. Pero también, por la percepción que la propia persona tiene de sí misma, esto es, de su propia dignidad.

90. Existen otras facetas de la dignidad, como la que se inicia en su versión de lenguaje común, esto es el de ser “merecedor de respeto”, es decir, la cualidad de la persona que se evidencia por su obra o actitud que lo hace digno, lo que implica; una medida de la justicia. En términos políticos, la dignidad es también base del pluralismo, como respeto de las ideas del otro, empero estas son más bien derivaciones, antes que el aspecto central de la idea que nos ocupa.

Dignidad de personas con discapacidad y dignidad como concepto de interpretación no pacífica.

91. Es necesaria esta reflexión en tanto el concepto de dignidad mismo, ha evolucionado en el tiempo, sin que el debate se haya cerrado y esta judicatura debe exponer su idea sobre este concepto a fin de determinar a partir de ello, lo que se considera como una vida o una muerte digna a partir del texto constitucional. Así, si se considera que la dignidad tiene como fundamento la libertad de elegir entre varias alternativas sobre su propia vida y decisiones, lo que podemos conocer como expresión de voluntad, ello implica la capacidad de razonar. Empero, no podemos considerar, esta como la única medida para reconocer o presumir la competencia y la propia dignidad. La capacidad de tener un mejor, peor, menor o mayor razonamiento o, el que el razonamiento pudiera estar perturbado por diversas causas, (imaginarias o reales), la capacidad de negociar o la imposibilidad de hacerlo, por la deficiencia de los medios para hacerlo, etc, son elementos propios del ser humano y son la mejor medida de su individualización, respecto de los otros seres. Partimos del hecho de que los seres humanos, nos diferenciamos de los otros animales, por el uso de la razón, pero no todos los seres humanos tenemos un coeficiente intelectual homogéneo, considerando además que el IQ es también una medida convencional. Podemos imputar en otros términos este atributo a una persona jurídica o una computadora, esto es capacidad de “elegir” y “razonar”, o la omnipotencia de Dios; empero, no es esta la dignidad ni la libertad que jurídicamente entendemos. La dignidad sin embargo, es base axiológica en la comunidad cristiana como el elemento “otorgado por Dios” que, igualmente sería independiente de la razón y por lo mismo, base para contradecir los fundamentos de la demandante. Consideramos, sin embargo, que el fundamento jurídico que se inscribe en

⁵ El suscrito emitió el 2014, una Sentencia en el Exp. 25158 2013-0-1801-JR-CI-02, haciendo el primer caso peruano de control de convencionalidad de la Convención de los Derechos de la Persona con discapacidad sobre el Código Civil, (ahora modificado), reconociendo el derecho a no ser sujeto de interdicción y el *reconocimiento de su capacidad y dignidad*.

la Constitución, si bien tiene antecedentes de diversa vertiente e interpretaciones también diversas, incluidos los fundamentos religiosos o no religiosos; es fundamentalmente, la idea **respeto por el otro** que, es medida de la justicia que se tiene y se debe, y que, de otro lado, la persona tiene de sí misma.

92. Así, la razón es instrumento de referencia fundamental, pero no es *solo* la razón el elemento que configura la dignidad. En efecto, hace falta un mínimo de razón para hacer efectivo un derecho por uno mismo. La razón, es la base para hacer uso efectivo de la libertad. No es posible elegir, (uso de la libertad), si no se distingue entre las alternativas a elegir. Sin embargo, la justicia no puede tener como única base la capacidad de razonar o de negociar. El acto jurídico puede ser válido aun si se demuestra que la decisión fue emitida sin uso efectivo de la razón, siempre que se pruebe la buena fe y la ausencia de perjuicio.
93. Ana Estrada, para el sistema jurídico y para la sociedad, es una persona que goza del derecho a la dignidad. Precisamente, en uso de su libertad de elegir, de exigir tutela jurídica y de decidir, es que se admite su participación en esta causa, interpuesta por la Defensoría del Pueblo en su beneficio. Seguirá siendo digna si eventualmente, no puede expresar su voluntad y lo seguirá siendo sí, también pierde el uso de su razón.
94. La dignidad, sin embargo, tiene el componente de la autopercepción. Coloquialmente puede decirse que, una persona no se siente digna de un atributo otorgado, pero ello no implica que jurídicamente se le desconozca ese derecho. Un delincuente, al ser sancionado, perderá su libertad y las mayores restricciones dada su peligrosidad, sin embargo, el sistema jurídico, dispone que, *dentro de lo posible*, debe respetarse su dignidad. Habría que preguntarse, si el delincuente tiene una determinada percepción de su dignidad, pues puede sentirse miserable, como puede sentirse solo restringido de ella y hasta puede concebirse digno o su autopercepción puede estar distorsionada, sin que se anule su percepción o no tenga un juicio moral de su dignidad. Así, tanto la percepción exterior de la sociedad, como moral social, puede presentarse distorsionada, del mismo modo, la auto percepción puede estar distorsionada por diversos elementos, empero, ello no implica que no exista.
95. En otro extremo, una persona con pérdida de sus capacidades cognitivas, (Con Alzheimer avanzado, por ejemplo), podría no tener una percepción de su propia dignidad, empero, no es pura compasión o beneficencia la que debe tener el sistema jurídico y la sociedad respecto de esta persona, sino reconocerle, auténticamente, su dignidad. Sin embargo, esa misma persona, antes de ingresar a esa situación, cuando aún hace uso de su razón y aunque fuere parcialmente, sentirá que, en esa situación futura, habrá perdido su dignidad, porque la medida de su propia percepción de dignidad, será su estado de conciencia y razón. A muchas personas, nada nos da más miedo y sensación de miseria, (Es decir indignidad); que la pérdida de conciencia. A Ana Estrada le atemoriza la posibilidad cierta e indefectible, de perder las facultades físicas para ejercer su libertad, su propio pensamiento que podría estar vigente, pero piensa que se sentirá sumida en la miseria. Es una autopercepción de su dignidad y por tanto de su autonomía. Y, eso debe reconocerle el sistema jurídico, como un derecho, en tanto la medida de su propia percepción de su dignidad es aquella que expresa en el momento de lucidez y razonabilidad.

Apoyos y salvaguardias como expresión de la razón.

96. Reiteramos la idea de que la razón es la referencia de la dignidad, y ello se reafirma de manera fáctica en el hecho de que Ana Estrada ha otorgado una Escritura Pública, designando voluntariamente apoyos y salvaguardias, en el presente, (18 de diciembre de 2020), cuando está vigente y lúcido su razonamiento, que así lo ha determinado la Notaria, para que se obre conforme a su voluntad, cuando no pueda expresarla o cuando haya perdido sus facultades de raciocinio, precisando sus decisiones sobre sus bienes, sus actos jurídicos, su salud e inclusive su vida. Este acto jurídico, empero, mientras tenga capacidad de raciocinio; es revocable o modificable, en tanto son decisiones unilaterales. No se está amarrando al mástil, como en la figura literaria de Ulises frente al canto de las sirenas. Sin embargo, debe presumirse que ésta sigue siendo su voluntad, cuando no pueda expresar un cambio de esa voluntad o, su raciocinio haya sido afectado por una discapacidad mental.

El ser humano como acto de libertad.

97. El individuo es propietario de su libertad, pero nada lo hará menos libre que la pérdida de razón y consecuentemente, de su conciencia, respecto de esa libertad.

La vida digna, entonces es aquella que tiene un sentido mutuo, aquella, que nos reconoce el derecho y la sociedad y aquella que percibimos cada uno de nosotros, sobre nuestra propia persona. Para que esto último ocurra, es preciso el uso de la razón y es por eso la mejor referencia de su propia dignidad, sin embargo, esta dignidad trasciende a la razón porque es inherente a la persona humana, sea cual fuere su condición y capacidad.

Hemos hablado también de la expresión de voluntad, lo que a su vez implica el uso de la libertad. La libertad es, antes que la razón, lo que hace al ser humano. Fernández Sessarego, concibe el derecho como libertad y la libertad lo que hace al hombre.

"...somos conscientes en la actualidad que el ser del hombre, aquello que lo hace ser lo que es, no es la razón, sino la libertad. Se ha comprobado científicamente que los mamíferos, especie a la que pertenece el ser humano, poseen psiquismo. Luego, no es la razón, los sentimientos o la voluntad lo que diferencia al ser humano de los demás mamíferos. El ser humano es el único mamífero cuyo ser es la libertad, lo que lo hace capaz de sensibilizar o vivenciar valores abrirse a la espiritualidad, y crear reglas jurídicas. La libertad es lo que hace al ser humano un ente diferente a todos los demás entes del mundo"⁶.

98. Siguiendo a este jurista diremos que, en uso de esa libertad, el ser humano se proyecta, hace planes y su vida es una sucesión, concreción y nuevos planes en una lucha por lograrlos y alcanzar su propia perfección que, aunque no la consiga nunca, determina su dignidad o hace que la dignidad le sea inherente, porque no lo hace objeto⁷, sino fin. A partir del *pienso luego existo o luego soy*, cartesiano el ser humano se percibe a sí mismo, se asume, elige y al elegir, hace uso de su libertad.

99. La libertad está también consagrada en nuestra Constitución, ella es también inherente al ser humano y la libertad significa la autonomía de tomar decisiones, incluso la de vivir. Vivir así, no es un deber, ser libre sí lo es y en esa medida puede proyectar su vida,

⁶ Carlos Fernández Sessarego. El Derecho y la Libertad como proyecto. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16375>

⁷ *"...pienso, luego soy; ésta es la verdad absoluta de la conciencia captándose a sí misma. Toda teoría que toma al hombre fuera de ese momento en que se capta a sí mismo es ante todo una teoría que suprime la verdad, pues, fuera de este cogito cartesiano, todos los objetos son solamente probables, y una doctrina de probabilidades que no está suspendida de una verdad se hunde en la nada; para definir lo probable hay que poseer lo verdadero. Luego para que haya una verdad cualquiera se necesita una verdad absoluta; y ésta es simple, fácil de alcanzar, está a la mano de todo el mundo; consiste en captarse sin intermediario. En segundo lugar, esta teoría es la única que da una dignidad al hombre, la única que no lo convierte en un objeto". Jean Paul Sartre*
El existencialismo es un humanismo

también su muerte. La libertad, empero, es también un bien que puede ser limitado, de hecho, el ser humano se limita en su libertad para no hacer daño a otros, el Estado es un límite a su libertad, pero es también garante de ella. Al ser límite y garante, es posible que legisle, o decida mediante actos concretos esos límites y, estos son excepcionales.

El dolor

100. El sufrimiento físico o psicológico puede generar un dolor trascendente, esto es que afecte a la condición humana misma, a la dignidad. Frente a ello es un derecho el no sufrir ese dolor, sea por causa de un tercero, del Estado, de una situación estructural o de su salud.

“La vía negativa a la que se refiere Vásquez supone entender que la dignidad lo que viene a fijar es algo así como un “umbral mínimo”, ciertos “mínimos inalterables” vinculados con “nociones negativas” como las de privación, enajenación, vulnerabilidad o incapacidad y que podrían resumirse en esta fórmula: “no ser tratado con crueldad, ni con humillación”.

Aclara además que, si enfatiza la vía negativa, es porque “quizá los liberales hemos puesto el acento, unilateralmente, en la versión positiva del liberalismo con el concepto de autonomía”, lo que supone haber descuidado “la otra cara del liberalismo”, lo que Judith Shklar llamo “el liberalismo del miedo” y que significa precisamente la ausencia de temores, o sea, de nuevo el “ser tratados sin crueldad y sin humillación”⁸

101. Los seres humanos tenemos claro que, la enfermedad es sinónimo de dolor y más que eso, es la referencia más cercana al final del ciclo vital. Si bien la salud, es también un concepto no pacífico y discutible, todo ser humano, percibe que la falta de salud es la puerta que se abre a la muerte. Así, todo ser humano tiene ante sí dos opciones; la curación o la muerte. La noticia de que no hay cura, que el sufrimiento se haga intenso, que incapacite, puede hacer que la persona se sienta sumida en una situación que perciba como la pérdida de su dignidad o que esa forma de morir afecte severamente su dignidad. Una percepción kafkiana. Así, no solo es la falta de razón, la que generaría una pérdida efectiva de dignidad, sino la percepción clara por medio de la razón, de que no es posible hacer uso de su libertad para seguir viviendo de una manera que espera. El dolor, no es solo dolor físico.

102. En el caso de Ana Estrada, puede verse que narra una progresiva pérdida de sus afectos; como la pérdida de su intimidad, la pérdida de los momentos de estar a solas consigo misma y con sus pensamientos, el dolor físico que causan las “atenciones” e intervenciones de su tratamiento, la paulatina pérdida de movimiento personal, la dependencia progresiva y severa, la sensación de ser una “carga” para su familia, la pérdida de sus amores y deseos truncos y seguramente una lista más larga de sufrimientos, de pérdidas, incluso de los sueños, construyen en ella una percepción de pérdida de su dignidad y de vida digna. Entonces con lo poco que le queda, precisamente de esa libertad que está perdiendo, pide justicia, lo que para ella significa, poner fin, en determinado momento a esa paulatina pérdida de dignidad. Consideramos así que, esta es una razón para que la justicia exista. El Estado, solo puede respetar ese acto de rebeldía frente a la ley. El Estado no puede dejar de tener piedad⁹.

⁸ Atienza, Manuel. Un Comentario sobre el concepto de dignidad. En: Entre la libertad y la igualdad. Ensayos sobre la obra de Rodolfo Vásquez T I. Inst. de Investigaciones jurídicas. Serie Doctrina Jurídica N° 806. México 2017

⁹ En la acepción jurídica de sentimiento de compasión misericordia que produce alguien que sufre o padece, distinta a la acepción religiosa de obediencia de los mandamientos.

103. El suicidio (la tentativa), no es sancionado en las normas positivas, es impune. Si bien la moralidad religiosa de un sector, rechaza este acto, de manera absoluta como una irreverencia a quien la otorgó, sin embargo, hay otro sector y una teoría que admite o deja al debate en determinados casos, precisamente con base al uso de la libertad y la dignidad. Nuestro Estado laico, el sistema jurídico Constitucional de valores cuyo elemento central es precisamente la libertad y la dignidad, tiene una misión más allá del punto de vista religioso y es de la parte que nos ocupamos primero, esto es, la de hacer justicia ante el reclamo de una persona.
104. Habíamos dicho que, la medida de esa vida digna es la propia persona. La medida de la intimidad, (un elemento de la dignidad), la puede dar solo la misma persona. En la actual sociedad de masificación de medios, muchas personas exponen sus vivencias en los medios y redes sociales, unos más que otros y el grado de exposición, solo lo pueden dar esas mismas personas, es decir, que cada quien expone lo que considera aceptable y no publica lo que considera su intimidad. Así, solo puede reclamar y proteger el espacio que la misma persona no expuso. De hecho, tiene derecho a proteger ese grado de intimidad que la misma persona considera tal. Ana Estrada reclama estar un tiempo a solas, pues considera que, tener una persona que la cuide las veinticuatro horas al día, implica también que se restrinja o elimine su intimidad, pero hay otra parte que expone, en redes sociales, en medios de comunicación; habrá una parte que aún considera que es su intimidad y tiene derecho a proteger ese espacio, aunque minimizado, es parte de su intimidad y es una circunstancia de afectación a su libertad. De ello podemos concluir que aun el tratamiento en su favor, puede tener una consecuencia que afecte otro derecho, que en algún momento puede ser más apreciable o importante.
105. De este modo, podemos concluir válidamente que, existe el derecho a una vida digna, que tiene como base a la libertad y autonomía; empero, la misma validez de este concepto, implica que exista el derecho a proyectar su vida y en ese proyecto pensar en su final, lo que la demandante considera; una muerte digna. Algunos podrían entenderla, como una muerte natural, una muerte heroica, una muerte trascendente, tal vez sólo una muerte sin sufrimientos de cualquier tipo; es decir libre, como la queremos la mayoría de los mortales. El mismo derecho que sostiene la libertad de vivir o de vivir con libertad, sostiene el derecho a concluir la vida, si la vida carece de dignidad, de morir cuando aún la vida es digna o de no pasar una situación de indignidad que arrastre a la muerte indefectiblemente.
106. En el acto de audiencia, se le preguntó a la demandante a cerca de su estado de salud mental y de ser el caso, de su tratamiento psicológico y psiquiátrico, a fin de determinar con claridad, si esta percepción de indignidad tenía bases en el razonamiento que ella tiene sobre su estado de salud o si independientemente de esas bases fácticas, subyace una condición psicológica únicamente; pues puede considerarse que algunas personas, por cualquier causa, prefieren seguir viviendo a pesar del dolor y deterioro. Es decir que, es preciso distinguir la percepción basada en una situación específica y de dolor o limitación física, causante del sufrimiento; respecto de una patología psicológica, (depresión), que conduzca al deseo suicida.
107. Nuestra legislación, (nuevamente), no distingue entre el suicidio por causas patológicas de la psiquis, respecto de condiciones reales y objetivas que determinen alcanzar el *derecho* que en esta parte hemos considerado. Empero, está claro que el deseo suicida por causas patológicas, a lo que tiene derecho, es a un tratamiento. Una persona que, padece de una enfermedad momentánea o incluso reiterada de acabar con su vida, por

causas atribuibles a una patología, luego de un tratamiento, posiblemente agradecerá a quien lo haya acudido en su momento de crisis, cuando haya vuelto a su normalidad. La autopercepción, en este caso no tendría bases para acceder a un nivel de derecho a acabar con su sufrimiento por medio de la muerte, sino por medio de un tratamiento. En caso de que la afectación psíquica no tuviera tratamiento efectivo, igualmente, ese deseo suicida no es atendible como un derecho, en tanto, la voluntad, la libertad, está afectada de una distorsión por la enfermedad que afecta precisamente su razón y su voluntad, que como hemos dicho, es la medida de su libertad y de su dignidad. Como tal, no es propiamente expresión de su voluntad. En tales casos es, además, sancionable, la asistencia al suicidio, aun cuando reúna las condiciones de piedad y petición de parte.

108. La demandante sostiene como el derecho a "... *decidir de manera informada y expresa, controlar el fin de la vida debido a dolores incurables y condiciones de deterioro que vulneran la dignidad de quien padece una enfermedad incurable, degenerativa y progresiva*", añade que, este es un derecho que si bien no está inscrito en el listado de derechos constitucionales en la Carta de 1993, ello no impide que se le considere como tal, de acuerdo a lo señalado en el artículo 3° de la Constitución que establece la *cláusula de número apertus* o lista abierta, de derechos constitucionales al ser, la muerte, una fase esencial de la vida misma, que no es posible mantenerse inerte ante ella, cuando la vida no merece la pena vivirla, lo que implica solo reconocer la autonomía del individuo, de decidir su propia existencia con dignidad. Argumenta además que "... *la norma constitucional que exige al Estado proteger la vida frente a privaciones arbitrarias no se contrapone al reconocimiento del derecho fundamental a la muerte en condiciones dignas*". Sostiene que se trata de un derecho que puede ejercerse solo en condiciones específicas y extraordinarias, donde se busca efectivizar el último espacio de libertad disponible en el cuerpo y su vida, cuando prolongar la vida significa una afectación irreversible a su dignidad y una forma de trato cruel.
109. Uno de los procuradores sostiene que, el hecho de no haberse demostrado que Ana Estrada padezca de *dolores intolerables*, sería fundamento para no inaplicar la norma, en el entendido de que solo se trata de dolor físico. En efecto, Ana Estrada no ha manifestado que padezca de dolores insufribles o intolerables, lo que padece es de una enfermedad incapacitante, lo cual sí es físico. Está perdiendo paulatinamente la capacidad motora y algunas capacidades orgánicas, que algunas intervenciones como la gastrostomía son dolorosas en algunos momentos, pero no es lo que describe como insufribles. Así, según el procurador, no se cumpliría taxativamente con la parte del texto legal que dice, "... *que lo solicita de manera expresa y consciente poner fin a intolerables dolores...*". En caso fuese válida la interpretación del Procurador que solo puede aplicarse este artículo en caso de *dolores (físicos), intolerables*, deberíamos interpretar, a *contrario sensu*, que en caso de que no existiesen dolores, el homicidio piadoso no es punible, como lo es el suicidio, por falta de tipicidad. Esta judicatura entiende así, sin que ello sea analogía, o interpretación extensiva, que cuando la norma dice *dolores*, se está refiriendo a la sensación íntima de sufrimiento. El dolor finalmente puede ser intolerable para algunas personas más que para otras, frente a una misma lesión y los analgésicos pueden evitar significativamente el dolor, aunque en algunos casos implique afectación de otras sensaciones y de la conciencia.

Homicidio piadoso.

110. Se ha solicitado la inaplicación del artículo 112 del Código Penal cuyo texto dice:

El que, por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

Es en efecto una norma autoaplicativa; no requiere acto adicional o reglamento que viabilice su aplicación. En caso una persona, especialmente un médico, (responsable de su cuidado), realice tal acto, será pasible de procesamiento y sanción de oficio.

111. Habíamos señalado antes que, no se trata de un caso ya consumado donde, por ejemplo, un médico a quien se le imputa el hecho típico, haya interpuesto un Amparo. En este caso, es la propia persona que pide ser asistida en la consumación de su muerte quien solicita la inaplicación para su cooperante. Así, el acto, no está consumado, es futuro y no inminente, (en el sentido de próximo en el tiempo), más bien condicionado a la estimación de su pretensión y a su propia voluntad. Sin embargo, de acogerse la pretensión, en el sentido de que estimar el derecho a morir por voluntad propia, pero con ayuda, es ineludible pronunciarse sobre este extremo; pues no tendría sentido considerar que la muerte digna es un derecho y al mismo tiempo, aplicar la sanción a quien ayude a cumplir ese derecho.

Empero, es preciso tener en cuenta que no se trata de un caso consumado, más bien, se solicita su inaplicación para el caso futuro pero factible, de lo que considera el cumplimiento de su derecho a la muerte digna.

112. La demandante sostiene así que, es una norma cuyos efectos jurídicos crean una situación inconstitucional que impide el ejercicio del derecho fundamental a decidir las circunstancias en las que la señora Ana Estrada Ugarte desea tomar control sobre su vida y poner fin a sus sufrimientos intolerables que experimenta producto de la enfermedad que padece. Ello, en tanto impide a los profesionales médicos ejecutar el procedimiento médico cuando ello sea factible y así lo decida, que también impide una regulación sanitaria al respecto, por lo que considera procedente. Añade que ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin consentimiento previo y como tal tiene derecho a negarse a recibir o continuar el tratamiento y a que se le explique las consecuencias de esa negativa, de acuerdo a la Ley general de Salud, lo que constituye el reconocimiento del derecho a la autodeterminación y de tomar una decisión consentida e informada, pero que además, implica que el Estado asume el reconocimiento de que su deber de proteger la salud y la vida de las personas es desplazado por el derecho a la autonomía del individuo, pasando del modelo de beneficencia de la ética médica al modelo de la autonomía que toma a la persona, como la más capacitada y legitimada para decidir en base a sus valores y creencias personales. La regla señalada solo tiene como excepción los casos de emergencia, donde no es necesario recabar el consentimiento informado del paciente o cuando existe riesgo comprobado para la salud de terceros o de grave riesgo para la salud pública, lo que implica que este derecho tiene su límite en el derecho de los terceros.

113. Reitera que, su pedido no es que la dejen morir rechazando los tratamientos requeridos en su caso, sino que el Estado le permita controlar y decidir en uso de su autonomía y en ejercicio del libre desarrollo de su personalidad, así como a su derecho a no recibir tratos crueles e inhumanos y que, para la materialización de ello, requiere que la participación de terceros, no sea criminalizada.

Cita el caso de la Sentencia 970-14 del Tribunal Constitucional de Colombia, donde se dispuso la creación de comités cuyas funciones fuesen las de acompañar a la familia y al paciente en ayuda psicológica, médica y social para que la decisión no genere efectos negativos, atención que debe ser constante, durante las fases de decisión y ejecución del procedimiento, mediante Comités de tipo científico – interdisciplinario para el derecho a Morir con Dignidad, como garantes de todo el procedimiento.

114. Vamos a recoger de la demanda, también las definiciones; teniendo el concepto de: A. Suicidio asistido o auxilio al suicidio, como la acción del tercero que, sin contribuir a la formación de voluntad del suicida, lo ayuda a que se concrete. Distinto a la instigación al suicidio donde el tercero “siembra la idea”, penalizado en el artículo 113 del Código Penal. B. La eutanasia; que supone la intervención de un profesional médico a petición expresa del paciente que padece de enfermedad incurable y que procura poner fin a sus dolores. C. El homicidio piadoso, tipificado en el artículo 112 del Código Penal como delito a el que por piedad mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente poner fin a sus intolerables dolores, D. cuidados paliativos. “*un planteamiento que permite mejorar la calidad de vida de los pacientes (adultos y niños) y sus allegados cuando afrontan los problemas inherentes a una enfermedad potencialmente mortal, planteamiento que se concreta en la prevención y el alivio del sufrimiento mediante la detección precoz y la correcta evaluación y terapia del dolor y otros problemas, ya sean estos de orden físico, psicosocial o espiritual*” y E. Muerte en condiciones dignas: *Acorde a la Corte Constitucional de Colombia, es un derecho que garantiza que, “luego de un ejercicio sensato e informado de toma de decisiones, la persona pueda optar por dejar de vivir una vida con sufrimientos y dolores intensos”.*

El tipo penal cuestionado, en la doctrina.

115. Existe ya un largo debate en sede nacional sobre este artículo, donde los juristas, se han mostrado mayoritariamente críticos. Así; para Javier Villa Stein¹⁰, este tipo penal se incorpora en el Código Penal de 1991 y considera que:

“Al codificador se le pasó por alto la eventual anticonstitucionalidad del tipo penal creado pues la Constitución de 1979, consagraba en su Art.2 el «derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad» y este derecho de rango constitucional, se ve atacado en la hipótesis de una agonía o muerte indigna. Respecto de la Constitución de 1993, ocurre otro tanto, pues en este caso se colisiona el tipo penal del homicidio pietista, con lo dispuesto. Con el Art. 1 del estatuto peruano que consagra «la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado» pues se mata por piedad y en precisa salvaguarda de la vida y muerte digna, este acto de supremo amor no puede ser castigado sin caer en la inmoralidad y la estupidez. El artículo 2 del estatuto peruano asimismo defiende el libre desarrollo de la persona, derecho que igualmente se pone a salvo en la dogmática, pero justa hipótesis del homicidio por piedad”.

El ex Juez hace además un análisis y recuento de las distintas figuras que pueden darse dentro de este artículo del código penal, sobre las que también nos ocuparemos más adelante, para determinar los casos de interpretación conforme a la constitución o en contra de la misma, a fin de determinar su inaplicación. Es de notar también que concluye con un breve comentario sobre el principio de oportunidad y su aplicación al caso.

¹⁰ VILLA STEIN, Javier. DERECHO PENAL Parte Especial I-págs: 125 – 136. ED. SAN MARCOS, Primera edición Lima 1997

116. Es interesante un artículo de Reyna Alfaro¹¹, por el recuento que hace de los juristas peruanos y su posición u omisión al respecto, denotando la tendencia mayoritaria por la descriminalización; citando a Salinas Siccha, Villavicencio Terreros, Villa Stein, Chirinos soto, Bramont Arias, García Cantizano y Momethiano Santiago; el autor por su parte sostiene:

“Justamente la configuración de una especie de deber constitucional de tutelar la vida contra la voluntad de su titular colisiona con el principio de dignidad de la persona. La configuración constitucional del derecho a la vida no se limita a reconocer el derecho a vivir en términos estrictamente biológicos, si no que comprenden de las condiciones de vida que, en un Estado de derecho, deben necesariamente ser compatibles con el principio de dignidad de la persona. Esta configuración constitucional del derecho a la vida, por otra parte, no puede vincularse a determinadas concepciones religiosas que propugnan la santidad de la vida...”

Más adelante, sobre el bien jurídico; vida y su disponibilidad dice:

“La calificación de la vida humana como bien jurídico absolutamente indisponible supone una suerte de reconocimiento de su absoluta falta de relación con la voluntad de vivir de su titular, y constituye, además, una contradicción total con la existencia de supuestos reconocidos constitucionalmente de disposición de la vida por parte del Estado, como la pena de muerte en casos de traición a la patria durante guerra exterior”.

117. Resultan también importantes las consideraciones técnicas de este tipo penal, al señalar que su principal elemento es que es un homicidio a petición, sea de su forma activa o pasiva, es decir, por acción directa u omisión del acto necesario para que siga con vida y que determine el alargamiento de la vida, siendo que, para el autor, estos casos no serían típicos, puesto que no se provoca la muerte ni se adelanta la misma, solo se hace más tolerable. Precisa que el único sujeto pasivo del delito, es un enfermo incurable, que sufre intolerables dolores y excluyendo a las enfermedades psíquicas, puesto que resulta discutible establecer que la expresión de voluntad se hace en estado de conciencia. Ello implica además que el consentimiento es necesariamente expreso. Precisa además que:

El móvil es indudablemente el piadoso que es uno de los sustentos del menor desvalor de la acción que justifica la menor carga punitiva del homicidio a petición, relacionado a la menor peligrosidad del autor en relación al homicida ordinario. No obstante, conviene recordar —con Eser— que la mayoría de ordenamientos jurídico-penales considera irrelevante el motivo del autor para realizar el homicidio, en la medida que lo realmente trascendente es la petición expresa de morir de la víctima.

118. Asimismo, se puede comprobar que, es solo desde el actual Código Penal que se tipifica este acto como delito; esto es que más antes fue un acto no punible, pues el texto del anterior código de 1924 dice:

*Código penal de 1924. Art 157. El que por **móvil egoísta** instigare a otro al suicidio o lo **ayudare a cometerlo**, será reprimido si el suicidio se ha consumado o intentado, con penitenciaría o con prisión no mayor de cinco años.*

Se observa así, que se sanciona solo el *móvil egoísta*, no el móvil piadoso que, al no nombrarse, se entiende que no es punible, por el principio de legalidad y tipicidad penal.

¹¹REYNA ALFARO, Luis Miguel. Homicidio a petición, instigación y ayuda al suicidio en el derecho penal: una lectura constitucional de los artículos 112 y 113 del Código Penal peruano. Bol. Mex. Der. Comp. [online]. 2009, vol.42, n.124 [citado 2021-02-16], pp.235-251. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332009000100008&lng=es&nrm=iso>. ISSN 2448-4873.

119. Un artículo más extenso y muy interesante es el de Claus Roxin, con una detallada tipología de la eutanasia y figuras relacionadas, que incluyen el tipo penal del caso que nos ocupa. Esta resolución no pretende ser un recuento de lo señalado por estos juristas, por lo que tomamos de este artículo únicamente la Toma de posición, en tanto considera que:

“Por otro lado, aún hoy en día no pueden ser controladas suficientemente todas las situaciones de profundo padecimiento (65); y suceden realmente casos en los que existe un deseo de morir apremiante y comprensible como lo demuestran sobradamente los ejemplos ya expuestos extraídos de la jurisprudencia. Pero se debe tener presente que, de acuerdo con el Derecho alemán –a diferencia de lo que ocurre con la mayoría de los Ordenamientos jurídicos extranjeros-, la complicidad en el suicidio siempre ha sido impune. La forma de intervenir desarrollada por Hackethal (vid. supra E I) permanece bajo el Derecho vigente como la última salida posible, cuando fracasan todos los medios para hacer superfluo el inaplazable deseo de morir. Si en un caso de esta naturaleza quien desea morir bebe por sí mismo el vaso cuyo contenido le depara una muerte plácida, sólo él ha dado el último paso. Esto me parece siempre más tolerable que un homicidio ajeno legalmente institucionalizado y procedimentalmente regulado.

Si se tiene esto en cuenta, únicamente subsisten raros y extremos supuestos en los que quepa practicar legítimamente una eutanasia activa, por encontramos con una persona deseosa de morir por estar mortalmente enferma y padecer graves sufrimientos, que ni puede ser liberada de sus padecimientos ni está en situación de poner fin a su vida por sí misma. Así, esto puede suceder con una persona completamente paralizada y amenazada por una muerte por asfixia. Me parece que un caso como el resuelto por el Tribunal de Ravensburg (supra D I 4) pertenece a esta categoría. El marido, que en este caso proporcionó la muerte a su mujer mediante la desconexión de un aparato de respiración artificial, tampoco habría merecido pena alguna si, en vez de la interrupción técnica del tratamiento, hubiera recurrido a su muerte directa”¹².

Nótese que el jurista considera que es más tolerable el suicidio por mano propia que el “homicidio ajeno legalmente institucionalizado y procedimentalmente regulado”; sin embargo, considera que en el caso en el que la persona, siendo víctima de sufrimientos desmedidos y deseosa de morir, no puede poner fin a su vida por sí misma, que sería el caso que nos ocupa, dice que este sería un caso “en los que quepa practicar legítimamente una eutanasia activa”.

120. Frente a estas posiciones existen por supuesto, opiniones en contra en la doctrina, basadas fundamentalmente en el valor de la vida como bien absoluto y respecto del cual, diremos que está claro que, la vida, como todo derecho, tiene límites, en nuestra constitución, tales como la pena de muerte en caso de guerra exterior y la defensa propia y situaciones no punibles, como el suicidio, el duelo, el aborto terapéutico, la defensa propia y la acción necesaria de la policía, (actuación conforme al deber). Aun así, es posible defender el fundamento, señalando que dichos límites, debieran ser abolidos. Esta judicatura, al respecto, debe expresar que, no es posible en esta resolución hacer una toma de posición sobre todos los extremos, puesto que no son materia de esta causa, no han sido expuestos por las partes y no es preciso hacer un ejercicio académico, pues precisamente ese es el límite de una decisión jurisdiccional,

¹² Roxin Claus. TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL DE LA EUTANASIA. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. El Criminalista Digital. Núm. 01 | Núm. 02 | Núm. 03 | Núm. 04 | Criminet | <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=210835>

esto es, el de no hacer pronunciamientos sobre temas que no son puestos a consideración del Juez.

121. Debemos entender así, en relación al caso en concreto que, sobre la base de lo expuesto por la doctrina, la eutanasia en un caso como el de Ana Estrada, más que un homicidio piadoso, como lo denomina el tipo penal en cuestión, es permitir que la naturaleza humana concluya su trabajo; ello, teniendo en cuenta que, si no se le hubiera aplicado los necesarios tratamientos a los que se le ha sometido, ella tal vez, ya habría fallecido. Estos tratamientos eran necesarios, los ha deseado y aceptado ella misma, su familia y el Estado en nombre de una sociedad solidaria; pero, llegado un momento en el que se ofende a su propia dignidad y sin tener al otro lado una real posibilidad de curación y de vida digna; solo se llegará al punto en el que se le estará impidiendo morir naturalmente, como corresponde a todo ser humano. El estado vegetativo, y sus similares clínicos, no son *estados naturales*, dicen los médicos.
122. De otro lado, tenemos presente que, el debate también se ha dado en sede legislativa, así, se tiene conocimiento de la Página Web del Congreso de la República que, el 04 de marzo del año 2015, se presentó un Proyecto de Ley N° 04215/2014 CR, *Ley que despenaliza el homicidio piadoso y declara de necesidad pública e interés nacional la implementación de la eutanasia*”, proyecto que no tuviera éxito en el trámite parlamentario. Así mismo, se ha tomado conocimiento por medios de comunicación públicos, que se habría presentado un nuevo proyecto de ley, recientemente, cuyo trámite apenas inicia. No es posible, para esta judicatura, empero, esperar o suspender el proceso, en relación al anterior ni al nuevo proyecto de ley, por las razones que hemos señalado en la primera parte de esta resolución.

La doctrina del doble efecto (PDE).

123. En el debate de la eutanasia, se ha tomado, reiteradamente, como criterio de su fundabilidad, (o infundabilidad), el principio o doctrina del doble efecto. Es de verse que, este principio, se usa extensamente y en diversos grados. En el presente caso, nos guiaremos de Alejandro Miranda Montesinos¹³. Este Principio o Doctrina, nace de la situación en que, para conseguir un determinado fin o efecto bueno, se producirá un efecto malo, dependiendo de la proporcionalidad de uno y otro; es lícito o no, ese acto. La doctrina viene desde Grecia, pasando por los filósofos escolásticos, Santo Tomás de Aquino y vuelve a aparecer entre la moral y el derecho del Common Law del siglo pasado, siendo un hito el caso *Vecco vs Quill* de 1997, en la Corte Suprema de Estados Unidos.
124. En nuestro medio, los denominados límites o excepciones al derecho a la vida, pueden fundamentarse precisamente en este principio, tales como la legítima defensa, la actuación conforme al deber de la policía, el aborto terapéutico y la praxis médica. En efecto, los médicos a menudo se ven en esta disyuntiva, pues un medicamento alivia o cura un mal, pero tiene efectos secundarios nocivos, donde tendrá que contemplar la proporcionalidad de efecto secundario, si el efecto, secundario es insignificante, el criterio de proporcionalidad, será sencillo, pero a medida que el riesgo o mala consecuencia se incrementa, se inicia el debate sobre la punibilidad. Así, es necesario

¹³ Miranda Montesinos, Alejandro. FILOSOFÍA DEL DERECHO. EL PRINCIPIO DEL DOBLE EFECTO Y SU RELEVANCIA EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO. Revista Chilena de Derecho, vol. 35 N° 3, pp. 485 - 519 [2008]

distinguir entre lo directamente voluntario y lo indirectamente voluntario; esto es, lo que se quiere alcanzar, (fin) y aquellos efectos colaterales que se debe o puede prever, pero que no es el fin ni el medio. En consecuencia, no es responsable, de todos los efectos malos por igual, sino que existe una diferencia entre lo que se pretende y aquello que solo se prevé y será medido en proporción a la importancia de la finalidad de su acción, frente al mal causado.

125. El efecto malo, que *prima facie* sería imputable *ad culpam* al agente por haber sido causado a sabiendas, deja de serle así imputable "consideradas todas las cosas". El principio no opera, pues, como una causa de excusa, ya que el efecto malo no es causado involuntariamente. Tal efecto es considerado en la deliberación que precede a la elección de la acción, y el agente tiene la posibilidad física de evitarlo, absteniéndose de realizar esa acción. Por eso es voluntario. Pero no lo es directamente, porque no es considerado como una razón para la acción, es decir, no es el efecto malo la razón por la que el agente hace la elección que hace. En este sentido, debe decirse que el efecto malo no es querido o buscado por sí mismo, pero sí es deliberadamente aceptado.
126. Esta doctrina establece condiciones para su admisibilidad:
1° que el fin del agente sea honesto; 2° que la causa sea en sí misma buena o al menos indiferente; 3° que el efecto bueno se siga de la causa [al menos] con igual inmediatez que el malo; 4° que el efecto bueno al menos compense al malo". A su vez, si se cumplen simultáneamente los dos requisitos siguientes: (i) que el efecto malo no se busque ni como fin ni como medio; y (ii) que exista una razón proporcionalmente grave para aceptarlo. En *Summa theologiae*, (II—11, q. 64, a. 7, c.) donde expone las razones para probar que no es ilícito a alguien matar a un hombre en defensa de sí mismo.
127. Dice allí santo Tomás que "nada impide que un solo acto produzca dos efectos (duos effectus), de los cuales solo uno sea intencional (sit in intentione) y el otro esté fuera de la intención (praeter intentionem). Tal cosa es precisamente lo que sucede en el caso de la defensa occisiva, pues "del acto de alguien que se defiende a sí mismo pueden seguirse dos efectos (duplex effectus): uno, la conservación de la propia vida; otro, la muerte del agresor" Ahora bien, para que la defensa sea lícita es necesario que exista una debida proporción entre la acción y su fin, ya que "un acto que proviene de buena intención puede hacerse ilícito si no es proporcionado al fin (proportionatus fini). El agente debe estar más obligado a conseguir el primero que a evitar el segundo:
Francisco de Vitoria, recoge la distinción entre matar per se (o ex intentione) y matar per accidens (o praeter intentionem) y recurre a ella, en su tratamiento del *ius in bello*, para justificar la aceptación de bajas civiles como efecto colateral de acciones bélicas.
128. Se da un debate sobre si existen bienes o derechos absolutos, John Finnis, dice que; una doctrina de esta naturaleza elimina por su base la posibilidad de que existan derechos humanos absolutos (como el derecho a no ser privado directamente de la vida como medio para ningún fin ulterior, y otros que constituyen la garantía de la dignidad de las personas), ya que, según ella, no hay formas de tratar a un ser humano respecto de las cuales se pueda decir que, cualesquiera que sean las consecuencias, nadie debe ser jamás tratado de esa forma.
129. El juicio de proporcionalidad o la ponderación no puede medir o comparar bienes de manera simple. Alguien puede defenderse matando a cinco agresores; y la madre puede someterse a la quimioterapia a pesar de que espere mellizos. Dos muertes no son peor ni mejor que una.

130. Así, en la sistematización común de estos autores se dice que la causa o razón excusante (*i.e.*, *el efecto bueno*) *debe ser tanto mayor cuanto: (i) más grave es el efecto malo; (ii) más próximo es el efecto malo; (iii) más seguro es que se seguirá el efecto malo; y (iv) mayor es la obligación de impedir el efecto malo.*

Si el militar, sin otra razón, elige la bomba de mayor potencia, eso no puede ser sino señal de que intentaba la muerte de los civiles, a lo menos como fin secundario o suplementario de su acción. Por el contrario, la falta de proporción entre el efecto bueno y el efecto malo no implica necesariamente que el agente intente el efecto malo.

De lo glosado, sobre las tesis este autor, Alejandro Miranda, podemos concluir que; desde la decisión que un médico toma para recetar a un paciente un medicamento con efectos adversos, hace una valoración del bien que decide proteger, considerando en este caso que, el efecto adverso es menor o más soportable, frente al beneficio que se pretende lograr; de ello pasar a la valoración del excesivo sufrimiento, frente a una vida indigna, es cuestión de asumir cuál es el bien de menor valor y por tanto a sacrificar.

El principio del doble efecto y la eutanasia.

131. Se distingue la eutanasia voluntaria y el suicidio médicamente asistido, cuyo objeto es matar al enfermo para poner fin al sufrimiento; de la sedación terminal o los tratamientos paliativos del dolor que pueden acortar la expectativa de vida, pero que busca únicamente aliviar su dolor, aunque en ellas el agente prevea el efecto colateral muerte. John Finnis¹⁴ dice que, existe una diferencia moral y jurídica fundamental.

132. En los casos Rodríguez vs. British Columbia (1993) y Vacco vs. Quill (1997), las Supremas Cortes de Canadá y de los Estados Unidos, respectivamente, apelan a la distinción entre intención y efecto colateral para justificar el distinto tratamiento que da el Derecho a la eutanasia o al suicidio asistido, por una parte, y a los tratamientos paliativos que aceleran o pueden acelerar la muerte, por la otra.

133. Un debate adicional es la determinación de la intención, pues bajo esta doctrina, el juicio de proporcionalidad mide el efecto más que la intención.

El principio del doble efecto en la protección constitucional de los derechos fundamentales es de una aplicación extensiva, en la que el principio se emplea como criterio para juzgar la conformidad de las leyes u otras disposiciones inferiores con los preceptos constitucionales. En el moderno derecho constitucional, el principio de proporcionalidad, tiene su antecedente, en esta doctrina del doble efecto.

Un ejemplo fue el caso de dos personas que cuestionaban la prohibición de drogas, alegando que era parte de su rito religioso; sobre lo que la suprema Corte de EEUU resolvió que si la intención de la prohibición, no estaba dirigida a afectar la religión, pero esta tenía un efecto colateral, no había afectación de la Primera enmienda que protege el derecho de culto.

134. En otro artículo¹⁵ el mismo autor hace una más extensa explicación con aplicación del principio de dignidad humana, considerando que, si bien hay una faz prohibitiva de este

¹⁴(Finnis J. Intention and Side Effects. En: Frey R, Morris C, editores, Liability and Responsibility: Essays in Law and Morals, Cambridge: Cambridge University Press, 1991; 32-64. (cita del autor Miranda Montesinos)

¹⁵Alejandro Miranda Ma. Eutanasia, suicidio asistido y principio del doble efecto. Réplica al profesor Rodolfo Figueroa. Revista médica de Chile. Rev. méd. Chile vol.140 no.2 Santiago feb. 2012 <http://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872012000200017>. Rev Med Chile 2012; 140: 261-265

principio, según la cual, existen derechos absolutos, que siempre estará prohibido afectar, empero existe una faz permisiva. Así, en el ejemplo del homicidio, esta teoría vendría a decir que se viola la dignidad humana en el homicidio del inocente y, es siempre injusto, si esa muerte es un efecto colateral previsto de lo que el agente elige.

135. Una posición que niegue tanto el consecuencialismo como la faz permisiva del PDE sólo podría decir que el homicidio, como acto siempre prohibido, consiste en (a) realizar una acción positiva de la que se sigue previsiblemente la muerte de un ser humano inocente, o en (b) optar por un curso de acción (acción positiva u omisión) del que se sigue previsiblemente la muerte de un ser humano inocente.

Sin embargo, una norma absoluta que prohíba (b) debe descartarse, pues es imposible de cumplir. Así, un médico que sólo puede salvar la vida de la madre con una acción de la que se sigue la muerte del feto, y viceversa, sería necesariamente culpable de homicidio, lo que es absurdo. Una prohibición absoluta de (a) no produce tal incoherencia, ya que siempre puede cumplirse mediante la omisión. Con todo, cabe objetar que la distinción acción/omisión sólo implica diferencias en el orden de la causalidad física, por lo que no hay razones para sostener que un agente, obligado *prima facie* a evitar dos efectos colaterales malos, esté siempre más obligado a evitar el que resulta de su acción que el que resulta de su omisión, cuando la acción con la que impide uno es la causa del otro. Todo dependerá, aquí, de la razón proporcionada para actuar. En cambio, la distinción; *intentado/colateral* implica diferencias en la voluntariedad, que es de donde fluye la moralidad de los actos humanos, pues los actos se consideran humanos o morales en la medida en que son voluntarios. De ahí, pues, que sea ésta la distinción moralmente relevante para fijar el alcance de una norma moral o jurídica absoluta como la que prohíbe el homicidio.

Considera además que un rigorismo absoluto limitaría inclusive los tratamientos paliativos, pues de esa acción puede preverse la muerte del inocente, incluso como efecto colateral

136. De lo expuesto, podemos decir que; en principio es válido tomar esta doctrina para analizar la licitud del suicidio asistido, en tanto, la prohibición absoluta anularía derechos como la dignidad, la autonomía y la libertad, los mismos que deben incluirse en la mensura de la proporcionalidad, considerando además que no existe, como ya hemos señalado derechos absolutos y que el derecho a la vida, igualmente tiene límites o situaciones de excepción, en la legítima defensa, la actuación conforme al deber de la policía, la guerra, la pena de muerte y aún en los casos del inocente, como la acción terapéutica de efectos nocivos, el aborto terapéutico o situaciones límite, como el ejemplo en el que un salvavidas debe escoger entre dos personas que se están ahogando, sabiendo que dejar por unos minutos el otro, significará su muerte, así; preservar la dignidad, la libertad del solicitante, evitar el dolor, en los casos del enfermo terminal o incurable, en determinados casos, puede significar también una excepción no punible.

Amicus Curiae. Proponen Cuidados paliativos.

137. Conforme resumimos en la parte expositiva, la Sociedad Peruana de Cuidados Paliativos, propone que, en efecto, la muerte digna es un derecho, pero que, no debe confundirse la muerte digna con la eutanasia, pues a criterio de esta entidad, afecta el derecho fundamental, vida. Que, lo que en realidad es muerte digna, es aquella en la que no interviene un tercero, menos un médico en calidad de ejecutante, sino aquella en la que solo se procura evitar el sufrimiento de la persona en la última etapa de su vida.
138. Sobre este extremo debe tenerse presente que, acoger la propuesta de esta entidad, implicaría solo desestimar la demanda, pues **la demandante ya cuenta con cuidados paliativos**, con el Programa Clínica en tu casa de Essalud. Empero, debe considerarse que, siempre será una alternativa para la demandante. En efecto, la muerte digna. No es sinónimo de la eutanasia, pero, no puede considerarse que sea excluyente, conforme señalamos en otra parte, al señalar que no existen bienes jurídicos absolutos.
139. Otro elemento significativo del aporte de esta entidad es el debate ético de los médicos, tanto por el juramento hipocrático y el texto actual del Código de Ética y deontología del Colegio Médico del Perú, como por una eventual objeción de conciencia de algún médico y finalmente el debate jurídico, a cerca de la posible distorsión de la voluntad del solicitante, en relación a la enfermedad como condicionante. Respeto de la objeción de conciencia podemos decir, únicamente que, es una decisión respetable de toda persona, especialmente de un profesional, con base a sus criterios éticos, religiosos, ideológicos o de cualquier índole, por lo que, en caso de disponerse un cuerpo médico ejecutante, éste no podría ser obligatorio.
140. En cuanto a la distorsión o condicionamiento de la voluntad de la persona enferma, en efecto, todo entorno o situación personal influye necesariamente en la persona, en menor o mayor grado. Una persona saludable, tendrá una perspectiva distinta de la eutanasia, pues probablemente no se pondrá en la situación de ser la persona pasiva del hecho y aun cuando racionalmente lo hiciere, no tendrá la carga subjetiva que tiene una persona con enfermedad terminal, del mismo modo que, una persona cuyo familiar está en situación de ser pasible de una decisión de ese tipo. Sin embargo, son condicionantes también la ideología, la religión, la cultura, entre otros elementos aparentemente externos que se internalizan tanto en la persona que determinan sus decisiones. De hecho, en el caso de Sociedad Peruana de Cuidados Paliativos, se observa una posición inspirada en sus ideas religiosas. Ello es legítimo. Todas las personas que profesamos una religión posiblemente tomemos decisiones bajo influencia de nuestras creencias. Sin embargo, las personas en general, tenemos que tomar decisiones de todo tipo y en todas las circunstancias, por lo que no puede discutirse la validez de un derecho ni la licitud de un acto, bajo la subjetividad de que las ideas externas o las circunstancias propias puedan condicionarnos. Presumir una suerte de incapacidad de hecho a todas las personas en esas situaciones, sí sería una afectación de sus derechos. En el derecho peruano se presume la capacidad, incluso de las personas con discapacidad. Así, una situación de distorsión debe probarse. Lo que sí puede hacerse es asegurar de que la expresión de voluntad sea genuina y se sostenga en el tiempo. En el Caso de Ana Estrada, viene acompañando esta causa y en un último escrito ha adjuntado una Escritura Pública con su declaración de voluntad, en relación de apoyos y salvaguardias y en relación a su decisión de ser asistida en caso que lícitamente le sea permitido. Esa decisión puede ser revocada en cualquier momento, mientras pueda expresar su voluntad.

Enfermedad terminal e ideación suicida.

141. En relación al cuestionamiento de la distorsión de la voluntad en el momento de la enfermedad, es preciso no solo hacer un ejercicio lógico, sino analizar estudios existentes sobre la materia a fin de no caer en solo conjeturas. En efecto, para fundamentar estas cuestiones, si bien los fundamentos parecen muy atendibles, empero, no son respaldados con prueba o data alguna. Ciertamente, no es posible ponerse en situaciones de laboratorio y muchas veces la propia información estadística puede presentar una faz que a primera vista respalda una posición o una tesis, sin embargo, el apoyarse en datos, resulta ser lo más cercano a una actuación probatoria, siendo que, tanto por las características del proceso de amparo, como por el tema en debate, no es posible hacer una actuación y debate probatorio en forma, respecto de cada uno de los elementos en cuestión y que otros temas son de puro derecho.
142. Así; no es posible, en esta causa, hacer un estudio, encuesta o actividad probatoria para determinar cuántas personas de una muestra pueden tomar una decisión en determinada situación de salud, respecto de la eutanasia asistida; nos permitimos tomar como referencia los estudios que sí existen sobre temas relacionados al suicidio en pacientes de enfermedades terminales, considerando este, como el escenario más cercano. Así, tenemos dos estudios, uno en Lambayeque y otro en Arequipa, sobre ideación suicida en pacientes terminales.

"Niveles de ideación suicida. Los pacientes con cáncer de mama en estadios III y IV, obtuvieron nivel bajo de ideación suicida, evidenciándose en un 100%

Niveles de ideación suicida según dimensión

Con respecto a las dimensiones de ideación suicida: actitud hacia la vida/muerte, proyecto de intento suicida y desesperanza, se evidenció 99 % en el nivel bajo y 1% en el nivel medio. En lo referente a la dimensión de pensamientos/deseos suicidas, fue el nivel bajo el cual obtuvo 100%

Apaza (2012) analizó la ideación suicida con la Escala de Beck en 95 pacientes con cáncer en estadios terminales que recibieron quimioterapia en el Instituto Regional de Enfermedades Neoplásicas del Sur de Arequipa, evidenciándose que 29,47% de los pacientes presentan un nivel alto de ideación suicida. Asimismo, se encontró que las personas con edades comprendidas entre 30-60 años evidenciaron 25% de ideación suicida y los participantes entre los 65 y 80 años, 50% de ideación suicida; de los varones encuestados el 57, 14% presenta ideación suicida y las mujeres 42, 86%"¹⁶.

143. Otro estudio muestra:

Nuestro estudio obtuvo una prevalencia de ideación suicida de 9.8%, lo cual guarda congruencia con lo publicado por Hernández y cols (33) quienes refieren que la ideación suicida en pacientes con cáncer varía entre el 1 al 20%. A sí mismo la prevalencia de depresión en nuestro estudio fue del 45.4% dato que es coherente con el estudio publicado por García (34) donde menciona que la prevalencia de depresión en pacientes con cáncer oscila entre 4 a 58% dependiendo del estadio clínico de la población y de los instrumentos utilizados¹⁷.

144. Es preciso tener presente, las diferencias entre; depresión, ideación suicida, (pensamientos relacionados), intentos, (actos tendientes a eliminarse o autolesionarse), y suicidio propiamente dicho.

"En el Perú, se estima que el 25% de la población sufre de depresión, y que de estos un 15% es considerado como grupo de riesgo de suicidio; además, los motivos de la decisión suicida responden, en su mayoría, a conflictos de pareja y familiares (10-12). La tasa de suicidio ha aumentado de 0,9 en el año 2000 hasta 1,01 en el año 2009 por cada 100 000 habitantes (13,14), mostrando un crecimiento que

¹⁶ Laura Fiorela De la Rosa Quiñones¹, Daniela del Carmen Domínguez Castañeda, Marilía Sibebe Cortez Vidal. Ideación Suicida en pacientes con cáncer de mama estadios III-IV, Chiclayo, 3. Revista de Investigación Psicológica, versión On-line ISSN 2223-3032, Revista de Psicología N°22 La Paz 2019. http://www.scielo.org.bo/scielo.php?pid=S2223-0322019000200004&script=sci_arttext

¹⁷ Navarrete Velásquez Jean Pool Adrián., Depresión Asociado A Ideación Suicida en Pacientes con Cáncer. Tesis Para Optar el Título de Médico Cirujano. Trujillo – Perú. 2018
http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/4276/1/REP_MED.HUMA_JEAN.NAVARRETE_DEPRESI%C3%93N.ASOCIADO.IDEACI%C3%93N.SUICIDA.PACIENTES.CANCER.pdf

podría seguir aumentando y que genera la necesidad de estudiar en profundidad sus factores asociados."¹⁸

De una muestra de 405 personas con sintomatología depresiva, se encontró así que, el 56% no tenía conducta suicida, (ni ideación ni tentativas), un 23% sí tenía ideación suicida; un 10.1% había tenido una tentativa no grave y un 9.9% había tenido tentativas graves¹⁹.

Así, si comparamos las estadísticas de la población general, respecto de muestras en personas con enfermedades terminales, encontramos que, los grupos con depresión, ideación suicida y tentativas son relativamente similares o pueden variar significativamente, dependiendo del grupo, sexo, edad, etc. Esto es que, antes de que una persona pueda tomar una decisión, debería hacerse un examen de su estado de salud mental y en su caso, disponerse un tratamiento, antes que pueda tomar una decisión, como la que se solicita en esta causa.

Ética médica

145. El Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú, establece:

Art. 72° El médico no debe propiciar el encarnizamiento terapéutico. Ha de entenderse portal, la adopción de medidas terapéuticas desproporcionadas a la naturaleza del caso. El médico debe propiciar el respeto a las directivas anticipadas del paciente en lo referente al cuidado de su vida. El médico no debe realizar acciones cuyo objetivo directo sea la muerte de la persona.

Art. 69° El médico debe rechazar toda solicitud u orden para actuar en contra de la dignidad, autonomía e integridad del paciente, sea que provenga de una persona natural o de una persona jurídica.

No son normas exactamente análogas al artículo 112 del Código Penal. Sin embargo, un médico que incurre en un acto contrario a las normas éticas, podría ser sancionado de acuerdo a su Estatuto. Asimismo, un médico por sus propios criterios éticos, podría negarse a participar de una petición como la de Ana Estrada, aun cuando lo ordenase un Juez e inclusive una ley dictada por el Congreso. Al respecto, deben considerarse dos elementos; a) No existe contravención de las citadas normas del Código de Ética y Deontología del Colegio Médico, b) La participación de un Comité, como el que señala la demandante deberá tener una cláusula de reserva de identidad.

Respecto de las citadas normas debe considerarse, el extremo que se considera que contravendría es la frase: *El médico no debe realizar acciones cuyo objetivo directo sea la muerte de la persona.* La Sociedad de cuidados paliativos considera que la asistencia en el suicidio, es una acción cuyo objeto directo es la muerte de la persona. La interpretación, sin embargo, debe tener presente el contexto legal externo, esto es que aún sin la norma ética; a) en la actualidad, ese acto es sancionado y debe entenderse que la norma ética se encuadra bajo ese contexto y b) aun con la inaplicación de la norma penal, podría decirse que no está salvada la norma ética, por lo que es preciso tener presente que, el otro extremo del contexto es que en esa norma ética, es evidente que está regulando la decisión independiente del médico, vale decir, sin que el paciente se lo solicite lícitamente, o cuando el paciente lo solicita por una ideación suicida patológica; empero,

¹⁸ Akram Hernández-Vásquez1,a,f, Diego Azañedo2,b, Juan Rubilar-González3,c, Bertha Huarez4,d, Leandro Grendas1,e,g. Evolución Y Diferencias Regionales De La Mortalidad Por Suicidios En El Perú, 2004-2013. Rev Perú Med Exp Salud pública. <http://www.scielo.org.pe/pdf/rins/v33n4/a21v33n4.pdf>

¹⁹ Susana Morales, Orietta Echavari, Jorge Barros, María de la Paz Maino, Iván Armijo, Ronit Fischman, Catalina Núñez, Claudia Moya, Marietta Monari. Intento e Ideación Suicida en Consultantes a Salud Mental: Estilos Depresivos, Malestar Interpersonal y Satisfacción Familiar. Psykhe vol.26 no.1 Santiago mayo 2017 <http://dx.doi.org/10.7764/psykhe.26.1.939>. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-22282017000100006

si la petición, tiene un fundamento en otros bienes jurídicos que el médico no puede ignorar y que en determinada circunstancia, son de mayor valor que una vida disminuida y dolorosa que debe proteger, en cuyo caso la norma ética queda sin base lógica, pues no es lo mismo que un médico decida por sí y ante sí, aplicar la eutanasia, que, cumplir con la petición de un paciente, que lo hace lícitamente, en uso de una libertad no sancionada penalmente y en uso de derechos como su dignidad, su libertad y su autonomía. Esta es la principal razón por la que en esta resolución hemos sustentado ampliamente los criterios jurídicos, éticos y filosóficos del doble efecto y de los derechos fundamentales inmersos. En general, la eutanasia, es penalmente sancionable, éticamente inadmisibles, sin embargo, tanto penal como éticamente, es preciso hacer un análisis de proporcionalidad entre la acción solicitada y las circunstancias especiales de la persona enferma que generan una situación de no punibilidad. En adelante, haremos un análisis de los modelos de interpretación constitucional en los que se enmarca el criterio que se establece en esta resolución, los que incluyen normas de carácter ético.

146. Otro aspecto que debe ser evaluado es que, no hay un límite preciso entre el **encarnizamiento** y los cuidados paliativos. Ana Estrada ya tiene una traqueotomía, una sonda de alimentación gástrica y se conecta a un respirador, dos tercios del tiempo de cada día; sin contar con los tratamientos y medicinas que consume. De no mediar estos elementos podría sufrir mucho y eventualmente fallecer a muy corto plazo. ¿Se puede calificar ello de cuidados paliativos o encarnizamiento progresivo? El médico así, tendría que escoger entre dos elementos igualmente prohibidos; el encarnizamiento y la eutanasia. Suprimir la respiración, finalmente podría significar una suerte de eutanasia con sufrimiento. Nuevamente, nos encontramos en el debate sobre el principio del doble efecto y su proporcionalidad.

Modelos de interpretación constitucional de la eutanasia y concretamente del suicidio asistido.

147. Tomamos como base la tipología elaborada por Fernando Rey Martínez²⁰, sobre este tema en el derecho comparado, y que propone cuatro modelos jurídicos, que los denomina; 1) de la eutanasia prohibida, b) de la eutanasia como derecho fundamental, c) de la eutanasia como libertad constitucional de configuración legislativa y de la eutanasia como excepción legítima, bajo ciertas condiciones, de la protección jurídica de la vida.
148. La **eutanasia prohibida**, es aquel sistema legal en el que existe una norma específica que lo prohíbe, que podría ser de nivel constitucional o legal. De manera que dentro del propio modelo pueden darse variantes y hasta contradicciones. Como podemos ver, en el caso peruano, está en este modelo con ciertas contradicciones, pues existen los artículos 112 y 113 que prohíben el denominado homicidio piadoso y la instigación y ayuda al suicidio, sin perjuicio del homicidio como figura típica general, en la que en algunas veces pueden subsumirse diferentes formas de eutanasia; lo que formalmente equivale a una prohibición de la eutanasia. Es preciso, sin embargo, señalar que la Constitución Política no lo prohíbe expresamente, puesto que podría darse el caso en el que, en algún país, esté expresamente señalado en este nivel normativo. También tenemos presente que, la Constitución de 1993 en su artículo

²⁰Fernando Rey Martínez Revista. Eutanasia y derechos fundamentales. DIREITO E JUSTIÇA – Reflexões Sociojurídicas – Ano IX – Nº 13- Novembro 2009. 13

1. Inc. 2° establece el derecho a la vida, sin que ello implique que, por ejemplo, el suicidio (Su tentativa) o el duelo sean penalizados; asimismo, en doctrina se entiende como límites al derecho a la vida, el caso de la guerra, la legítima defensa, (Const. art. 2 Inc 23), la actuación conforme al deber de un policía y la pena de muerte, (Const. art. 140), y finalmente la no punibilidad del aborto terapéutico, señalado en el artículo 119 del Código Penal. Así, no es posible interpretar, directamente de la Constitución que, el derecho a la vida sea un derecho absoluto.

149. La **eutanasia como derecho fundamental** y su fórmula legal; como modelo opuesto al anterior, también recoge en sus constituciones y otras normas el derecho a la vida como un derecho fundamental; sin embargo, se establece una relación con otros derechos fundamentales, como el derecho a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la integridad y a no sufrir tratos inhumanos y degradantes y la valoración de la autonomía de la persona; derechos sobre los que se construye el derecho a la eutanasia, al suicidio asistido y a la eutanasia activa directa, (por mano de un tercero). Este modelo es acusado de permisivo y excesivo, que podría permitir el uso abusivo del derecho reconocido y que es el mecanismo abierto para la denominada pendiente peligrosa, donde la vida humana pierde su valor y el Estado, prioriza razones económicas inclusive, antes que la vida humana, al establecer razones de costos de los tratamientos paliativos u operaciones que podrían prolongar la vida. Ciertamente, las acusaciones más graves, no han sido probadas fácticamente, pero está claro que, es el modelo opuesto a la prohibición de la eutanasia y el suicidio asistido. Es importante tener presente que, en este modelo, existe una abundante y estricta legislación y presencia de la acción del Estado en su procedimiento y ejecución, así como un control judicial de los actos, tanto previos como posteriores al acto.

150. Como podemos ver, nuevamente, al caso peruano también puede leerse bajo este modelo, vale decir que, de acuerdo al artículo 1° de nuestra Constitución, la defensa de la persona humana y su dignidad, es el primero entre los derechos fundamentales, al ser el fin supremo del Estado. La lectura constitucional, en relación a la ubicación formal de este artículo de la Constitución, determina la importancia de la *dignidad* y al punto que precede al derecho a la vida, sin perder de vista que la libertad, en sus diversas expresiones, es también un bien protegido, un derecho fundamental; ubicado en un inciso del artículo 2°; de donde se puede colegir que, por encima de la vida biológica, lo que el Estado protege y promueve es la dignidad de la persona, su libertad, siendo su integridad física (La vida biológica), un aspecto de los derechos de la persona humana. De ello, es que la demandante, precisamente interpreta que debe reconocerse como derecho fundamental, la muerte digna, lo que resulta defendible, empero, conforme señalamos antes, nuestro modelo tiene contradicciones, pues existe la norma penal prohibitiva.

La eutanasia como libertad constitucional legislativamente limitable.

151. No ha sido materia de comentario ni alegación en esta causa. Esta teoría, propuesta en España, (antes de la modificación legislativa), se expone que, en términos teóricos, la muerte digna no se desprende de forma directa de los derechos fundamentales. Cuestiona asimismo que la base del derecho a dar fin a la vida por decisión propia, tenga base en el concepto de dignidad. Señala asimismo que, la dignidad es un

concepto muy lato, que es una cláusula muy difusa. Dice por el contrario que el suicidio, en general, es un acto de libertad, si bien no está protegido como derecho. El Poder Público como tal, no puede establecer limitaciones a este acto, en principio por razones prácticas, pues no es posible sancionar al fallecido, pero tampoco lo hace al que lo intentó sin éxito, principalmente porque no hay daños a bienes jurídicos ajenos. Sin embargo, una prohibición de la eutanasia no es una restricción irrazonable ni arbitraria, porque perseguiría evitar riesgos de abuso y esto último sí es un interés público. Se considera así que, el derecho penal, en atención al interés público puede limitar esa libertad constitucional que permita justificar la penalización de la eutanasia activa directa, pero también despenalizarla bajo ciertas condiciones.

152. En este modelo sí habría diferencias de régimen jurídico relevantes entre la eutanasia activa (libertad constitucional legislativamente limitable) y la pasiva e indirecta (que formarían parte del derecho fundamental a la integridad del art. 15 CE).

A lo glosado, añadiremos que, en el caso peruano, existe como derecho del paciente, la posibilidad de rechazar el tratamiento, aun cuando eso lo conduzca a la muerte, de modo tal que, es parcialmente asimilable a esta figura la Eutanasia pasiva que consiste en la inhibición de actuar o en el abandono en el tratamiento iniciado, evitando intervenir en el proceso hacia la muerte y en su caso la eutanasia indirecta, cuando el paciente ha rechazado el tratamiento, pero se le aplican analgésicos que evitan el dolor, pero que eventualmente aceleran la muerte como efecto secundario.

La eutanasia como excepción legítima, bajo ciertas condiciones, de la protección estatal de la vida.

153. Una interpretación que el citado autor propone y que tampoco ha sido debatido en este proceso, empero, siendo una doctrina expuesta en foros académicos, lo analizamos. Consideramos que estos fundamentos son aplicables, en este caso al suicidio asistido o su forma jurídica, *muerte digna*. Esta tipología, parte de la *sospecha*, antes que concebirla como derecho fundamental o libertad. El suicidio no es un derecho, es una libertad fáctica no prohibida. En cuanto a la eutanasia activa directa, considera que debe limitarse para evitar el riesgo de abuso, en tanto implica la participación de un tercero que estaría jurídicamente obligado a poner fin a la vida de quien lo solicite bajo ciertas condiciones, por lo que se le consideraría un **contenido prestacional** administrado y controlado por un órgano del Estado, con controles externos, lo que la haría plenamente constitucional. Así, el Estado protege el bien *vida e integridad personal*, penalizando la acción, pero estableciendo la excepción bajo ciertos supuestos y condiciones en cuanto a los sujetos de hecho habilitantes y los procedimientos, para asegurar la protección constitucional de la vida, la libertad y el consentimiento.
154. Al igual que en los casos anteriores, observamos que, en el caso peruano, este modelo, es compatible con las normas constitucionales vigentes a excepción del artículo 112° del Código Penal que, no precisa excepción alguna. De lo expuesto en esta resolución, se tiene así que, es preciso tener en cuenta que; el derecho a la dignidad, determina al juzgador, al derecho y al Estado la máxima protección de la dignidad de las personas, del bien jurídico; vida, de la integridad física y psicológica de las personas y si se establecen límites al bien jurídico; vida, estos deben ser excepcionales. Es preciso señalar que, el citado autor señala que el suicidio no es un derecho, sino una libertad fáctica, con lo que concordamos, sin embargo, el suicidio se puede dar en cualquier situación, solo importa que la persona esté previamente con vida, empero, en el caso de

la *muerte digna*, encontramos que se trata de una condición especial, de afectación de otros derechos fundamentales de la persona, como la dignidad, la autonomía, la libertad, entre otros, situación que es determinante para configurar el nacimiento de un derecho a tomar decisión, sobre el momento, situación o punto en el que la persona, considera que ya no le es más posible soportar y, la sociedad, por intermedio de los profesionales médicos, está en condiciones de verificar un grado extremo de sufrimiento, con lo que es admisible que tome una decisión, dentro de esta excepción a la legalidad. Este derecho, siendo un derecho derivado de otros derechos, mencionados, si bien no llega a ser un derecho fundamental, es uno que permite abrir esta situación excepcional a la protección penal del derecho a la vida.

155. Habíamos ya señalado que, este bien jurídico tiene límites, que estos límites son excepcionales y claramente regulados; así, en el caso de guerra, el Perú está adscrita a varias normas convencionales sobre el derecho a la guerra, en el caso de la legítima defensa, el código penal, establece como límite el principio de proporcionalidad, en el caso de la pena de muerte, se tiene como excepción la traición a la patria en caso de guerra exterior, asimismo; son excepciones el uso de la fuerza letal por parte de los órganos del Estado, como la policía, en protección a la seguridad pública, cuya acción puede ser impune, (Un policía que da muerte a un delincuente en una situación de peligro, lo hace bajo el principio de la extensión del principio de legítima defensa), siempre bajo criterios de proporcionalidad, la figura del duelo a muerte, principalmente por desuso, las especiales situaciones del aborto terapéutico, que solo lo puede practicar personal médico, en circunstancias precisas, hecho que, igualmente no es un derecho, sino una excepción como la situación de no punibilidad de las aplicaciones médicas de doble efecto. Del mismo modo, la eutanasia activa directa, no puede ser un derecho fundamental, sino que solo algunas de sus excepcionales circunstancias puede ser *no punible*, estableciéndose debidamente la proporcionalidad de las circunstancias de excepcionalidad, por situación extrema, a fin de proteger otros derechos de la persona, como el enfermo que sufre una enfermedad terminal o incurable que le causa extremo dolor o limita su vida radicalmente, al punto de afectarse sus derechos a la dignidad, la autonomía, al libre desarrollo de su personalidad, como es el caso que nos ocupa.

Paternalismo.

156. Señalamos que, de acuerdo con nuestra Constitución Política, el fin supremo de la sociedad y del Estado, es la persona humana y el respeto de su dignidad; ello implica la obligación del Estado de proteger estos bienes jurídicos, siempre que no se afecten estos mismos bienes jurídicos, por lo que debe hacerse en libertad que, es otro de los bienes jurídicos esenciales. Sin embargo, las leyes en algunos casos han establecido que esta protección puede coaccionar al individuo, lo cual debe hacerse muy excepcionalmente. A ello se le ha llamado paternalismo. Dworkin hace una clasificación de este fenómeno político y jurídico de acuerdo a su grado²¹ y, considerando su doctrina general, es claro que no se trata solo de una descripción, sino que toma posición por el mayor grado de libertad. Todas las sociedades realmente existentes, empero, han recurrido a algún grado de paternalismo para organizarse, creando diversos

²¹Dworkin G. Paternalismo.

<https://plato.stanford.edu/entries/paternalism/?fbclid=IwAR0JACoCP2o1be4XgaZRI7gK6FdRbBUmRmi6UEyuKMiVow6osJzpklyz6Mc>

mecanismos como la seguridad social; normas de tránsito, como el casco del motociclista y el cinturón de seguridad de los pasajeros del automóvil, bajo sanciones diversas, desde medidas administrativas hasta la legislación penal, lo que implica un grado de intervención en la libertad del individuo. En el caso de la protección de la vida, se establecen las penas más severas, considerando el bien de mayor importancia, sin embargo, se han despenalizado algunas figuras como el Duelo, principalmente por desuso; pero en el caso del homicidio piadoso, más bien se ha establecido como figura típica, a partir de 1991 en que se promulga el actual código, cuando el de 1924, solo se sancionaba, en caso de móvil egoísta. Al respecto debemos señalar que; conforme al análisis, visto líneas atrás, la casi inexistente casuística de este tipo penal, hemos considerado varias posibilidades; entre ellas la del desuso, que las causas concluyan en etapas preliminares, (Principio de oportunidad),Etc, pero, aún en el caso de la clandestinidad o criptanasia, es menester una nueva regulación; la norma, hasta donde y como la tenemos, resulta entonces, pura e ineficazmente paternalista. Ante esta situación podremos decir que, puede subsistir el paternalismo cuando, por ejemplo, el ejercicio de la autonomía o la libertad no son comprobables.

157. Nos explicamos; el Estado, sin ser su titular, está en la obligación de proteger el bien jurídico, *vida*, aún en contra de la voluntad de su titular si éste está afectado precisamente en su voluntad, como en el caso de las personas con enfermedades mentales donde, lo que se requiere es tratamiento médico. Hemos señalado que, es un derecho fundamental el libre ejercicio de su capacidad de parte de las personas con discapacidad, sin embargo, está claro que, como dice Atienza; ello debe hacerse; “en la medida de lo posible”²², considerando que debe respetarse y promocionarse su voluntad, empero, tanto la figura de los apoyos, como de los casos de protección en crisis, debe hacerse una conjugación fina, entre la voluntad de su titular y la protección; rol que debe ejercer la sociedad y el Estado. Por ello, está claro que la discapacidad, por sí misma, ni es causal de eutanasia, ni de protección de un derecho a muerte digna, por lo que el Estado, debe cumplir su rol paternalista, también “en la medida de lo posible”. De hecho, existen otras situaciones más, en las que el paternalismo debe subsistir; sin embargo, en situaciones donde la libertad y la razón de la persona no está afectada, esta debe ser respetada, precisamente porque es el uso de su libertad y autonomía. Es preciso señalar que, hay en nuestra legislación, otros casos de libertad fáctica o no penalización como, el suicidio o el duelo, figuras no son punibles por razones diferentes al caso del suicidio asistido o muerte digna que tiene características, razones y fines distintos.

158. Sobre la acepción del término de dignidad en relación a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, Manuel Atienza dice:

*“... las cosas que no pueden ser objeto de apropiación, porque, por esencia, son cosas de nadie: las cosas sagradas, religiosas o santas, como las murallas y las puertas de la ciudad. Y así, la idea de que la persona es un fin en sí mismo -que tiene dignidad- significa que no puede pertenecer a nadie; ni siquiera, digamos, a su portador...”*²³

159. El respeto, protección y promoción del derecho a la vida, en nuestra sociedad es necesaria. Nuestra historia jurídica, política y social es más bien una tradición de poco respeto. En nuestro pasado político reciente, hemos tenido una guerra interna y fratricida, donde la violencia de organizaciones terroristas no respetó este derecho

²² Atienza Manuel. Dignidad Humana y Derechos de las Personas con Discapacidad. En <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201701.015>

²³ Op cit

fundamental, ni aun los derechos de la guerra y, del otro lado, generó una respuesta del Estado, también violenta y de poco respeto a la vida. Sabemos además que, este último fenómeno político, tuvo bases en una historia de violencia, desde tiempos coloniales y que, lamentablemente no ha acabado. No se trata de una violencia ejercida sólo, por organismos políticos, sino que está inmersa en la sociedad misma. Según cifras del Banco Mundial²⁴, en el Perú se tiene una tasa de 8,2 homicidios intencionales por cada 100,000 habitantes, (2017), frente a 0,8 por cada 100,000 habitantes en los Países Bajos, en el mismo año, (Diez a uno de diferencia proporcional, en un lugar donde la eutanasia tiene la legislación más liberal). El INEI²⁵ en el 2018, registró 2,452, de ellos 150, se consideraron feminicidios. Por ello es necesario una vigilancia extrema del derecho a la vida pues, pueden ser causa de abuso, por lo que, en democracia, debe regularse y garantizarse el uso y despenalización de toda figura que se despenalice o autorice, con los mecanismos y protocolos que sean necesarios, esto es, con los límites que el derecho penal debe imponer. Es, bajo estos criterios que, **el suicidio asistido, debe considerarse como una libertad constitucional legislativamente limitable, posición distinta a la posición de la demandante que solicita se considere como un Derecho Fundamental**; sobre lo que manifestamos una posición, es decir que como todas las libertades, es un derecho, pero siendo limitable, (contrario a ser promocionable) y derivado, no llega a ser un derecho fundamental.

¿Criptotanasia?

160. Se conoce así, a la realización encubierta o clandestina de prácticas de eutanasia, tanto a petición de los pacientes como sin ella. A efectos de esta resolución, no existiendo un registro formal ni confiable; se ha buscado jurisprudencia o casuística de aplicación del artículo 112 del Código Penal Peruano, primero en libros de la especialidad penal, donde puede ubicarse abundante casuística por cada uno de los artículos del citado código; se ha utilizado buscadores habituales de la internet y el Sistema informático del Poder Judicial y finalmente se ha consultado a algunos Magistrados del área penal, Jueces y Fiscales, sobre casos en esta materia, todo lo cual nos ha sido infructuoso. No se duda que existan casos poco comunes o bibliografía muy especializada que la contenga; sin embargo, es preciso señalar que no es común, no es abundante, que nos permita hacer un análisis de casos concretos para analizar las posibilidades fuera de lo estrictamente doctrinario y teórico, pues pese a que muchos juristas han tratado el tema, (aquí citados varios), y en numerosas tesis sobre despenalización que hemos encontrado, sin embargo, ninguno de los que hemos tenido acceso, adjunta un caso en concreto. De lo que podemos colegir varias posibilidades: a) Nunca o casi nunca se ha cometido este delito desde 1991, fecha de promulgación del Código Penal vigente, ni por particulares ni personal médico, lo cual debe considerarse muy extraño, (Delito huérfano), b) Los casos que hayan ocurrido han sido concluidos en el estadio procesal del Principio de Oportunidad, situación más posible, si no está la presunta víctima para que reclame, los familiares podrían optar por un arreglo económico y la pena conminada lo permite y c) Los casos han sido tramitados bajo otros tipos penales, como el homicidio simple, posibilidad más plausible, en tanto es difícil probar la petición expresa. Precisamente, en

²⁴ <https://datos.bancomundial.org/indicador/VC.IHR.PSRC.P5>

²⁵ Homicidios en el Perú. Contándolos uno a uno 2011- 2018. INEI. P.J. MP.
https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1731/libro.pdf

esta situación, nos ha sido facilitado un único caso. (R.N N° 2507-2015 Lima, de la Sala Penal Permanente. 10 de enero de 2017).

*“3.1.2. Al respecto, este Supremo Tribunal considera que la pena determinada por el Colegiado Superior es acorde a derecho, en el presente caso, por las siguientes consideraciones. Es indudable que la muerte provocada por el hijo de la occisa no fue un acto abyecto, cruel o motivado por un móvil pueril, despreciable o fútil. En el contexto, en el que se produjo la muerte debe asumirse que el sentenciado fue llevado por una actitud desesperada. El sentenciado es una persona de responsabilidad restringida, no tiene antecedentes penales, nunca mostró actitudes contrarias a la observancia de la norma. **Está probado que su madre le pidió expresamente que le pusiese fin a su vida.** Ciertamente, esta Suprema Corte no está reconduciendo el tipo penal de homicidio piadoso, pero puede soslayar que en puridad, había un pedido constante y apremiante de parte de la víctima...”²⁶ (resaltado nuestro).*

161. El caso, se habría tramitado bajo la tipificación del artículo 107 del Código Penal, (Parricidio), cuya pena máxima es de quince años, empero, considerando la edad del sentenciado, (18 años), y las circunstancias especiales, contempladas en el caso, pues la madre sufría de una enfermedad en estado terminal, estaba probado que reiteradamente había pedido a su propio hijo, que pusiese fin a su vida. El sentenciado no tenía antecedentes penales, ni se observaba un móvil distinto; la Corte Suprema, sin realizar una reconducción del tipo penal, es decir cambiar el tipo penal, como tampoco lo habían hecho las instancias previas; decide ratificar la pena dictada por debajo del mínimo y, además, una pena suspendida.
162. Así, esta judicatura considera que, existe la posibilidad de una situación de hecho en la que se ejecuta la Eutanasia o el suicidio asistido, no contabilizada o subrepticia, *Criptanasia o criptotanasia*, pues casi todos los tipos penales de nuestro código tienen abundante casuística que citar y personas que han sido penadas por estos delitos, sin embargo, resulta extraño que en este tipo penal no encontremos suficiente casuística que analizar, pues diferentes ejemplos habrían permitido ilustrar en qué casos, es razonable la inaplicación, por su inconstitucionalidad y en qué casos, debiera estar protegido por el derecho penal.

Pendiente resbaladiza.

163. La idea de considerar la muerte digna como un derecho, (aunque no fuere un derecho fundamental), y aunque lo sea en casos absolutamente limitados, podría ser pasible de una crítica frecuente que considera que se incrementa la probabilidad de que también sea establecida como derecho o legalizada en otros casos más dudosos, al punto de establecerse sistemas de abuso como el de la Alemania Nazi o tan extensos como el de Holanda, donde supuestamente existiría ya un abuso. En el citado libro de Dworkin, ya había expuestos sus puntos de vista sobre este tema; señalando que precisamente una adecuada regulación evitaría caer en los extremos, que definir reglas dejando claro los casos para el futuro, lo que es preferible que abandonar a las personas que ahora lo requieren, a quienes además se les hace más daño al no aplicar la eutanasia, que asimismo, en los casos de pacientes que no hubieran expresado su deseo sobre este tema, deben pasar por un examen probatorio muy severo, entre otras razones. A lo glosado, consideramos adecuado añadir que, en el presente caso, no se está debatiendo la eutanasia propiamente, sino el suicidio asistido. La diferencia es realmente sustancial en tanto, en la eutanasia pura, no importa o se presume la voluntad del sujeto pasivo, mientras que, en la muerte asistida o muerte digna, implica necesariamente la

²⁶ <https://pderecho.pe/parricidio-pena-suspendida-joven-ocasiono-muerte-madre-acabar-dolores-r-n-2507-2015-lima/>

voluntad del sujeto del derecho, que es sujeto activo y pasivo a la vez porque sin su decisión no es posible aplicarla ni concebirla como un derecho de ningún tipo. No es posible presumir la voluntad.

De otro lado, hemos señalado en el caso peruano que, el número de casos judiciales de aplicación del artículo 112 del Código Penal es casi de cero, lo que evidenciaría, bien una situación de criptanasia o bien que la norma es innecesaria por desuso. En cualquiera de los casos, requiere un pronunciamiento jurídico o una nueva legislación.

Test de proporcionalidad.

164. El Tribunal Constitucional, ha señalado que, para evaluar la constitucionalidad de una norma o acto basado en norma, es necesario hacer un análisis, teniendo como instrumento el test de proporcionalidad, que tiene como base el principio del mismo nombre. Este principio, surge en el derecho penal a partir de la prohibición del exceso y como un criterio de limitación del exceso de poder y arbitrariedad de las autoridades y policía. Como derecho fundamental, se inicia también en la ley antes que en la constitución. El supremo intérprete, sobre el particular dice en la Resolución N° 050-2004-AI/TC:

“El test de razonabilidad es un análisis de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior justicia; constituye, por lo tanto, un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando ésta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales. Para que la aplicación del test sea adecuada, corresponde utilizar los tres principios que lo integran, estos son; el principio de idoneidad o adecuación; por el que debe considerarse que, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, suponiendo dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo y, segundo: La idoneidad de la medida sub examine. El principio de necesidad significa que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Requiere analizar, de un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y, de otro, el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental. Por último, el principio de proporcionalidad strictu sensu; por el que se entiende que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental”.

165. Con lo señalado en esta resolución, respecto de la opinión de diversos juristas sobre el tipo penal de Homicidio Culposo, introducido en el Código Penal de 1991 y considerando que el Código Penal de 1924 solo castigaba la ayuda al suicidio cuando el móvil era egoísta, tenemos que, la mayoría de los tratadistas dicen que; es inconstitucional porque afecta el derecho a la dignidad de la persona que lo solicita, en tanto, **el sufrimiento extremo destruye fácticamente la libertad, la autonomía y el derecho de dignidad** de la persona, principalmente en su faz de no ser tratado con crueldad ni humillación. Veamos así.

166. **Idoneidad.** Este sub principio, exige que la restricción o medida tomada sea la más idónea para lograr el fin perseguido. El bien jurídico protegido en este delito es la vida humana, de acuerdo a su ubicación en la estructura de nuestro código Penal, junto con los otros delitos de homicidio. Los juristas citados dicen que se debió tomar en cuenta que, si bien este bien jurídico es de capital importancia en nuestro sistema jurídico, desde la Constitución, debió ponderarse que la dignidad estaba también en ese nivel y analizando su ubicación, la dignidad está antes que el bien jurídico, vida.

167. Si bien no es posible hacer una analogía simple, como en el caso de otros bienes, como el caso de la propiedad, donde si se le sustrae a su titular, en contra de su voluntad; es delito, (Robo, apropiación, hurto), si la transferencia se hace con la anuencia del titular, es un contrato, (Venta, donación, etc), o la libertad sexual, si es contra la voluntad de su titular es delito, (Violación), y con su anuencia deja de serlo; sin embargo la solicitud del bien jurídico vida, debe ser analizado con un criterio de proporcionalidad, puesto que no toda petición de ayuda al suicidio puede ser razonable, ni toda ayuda a esa petición puede ser impune; especialmente si el móvil, como lo sancionaba el código de 1924, es un móvil egoísta y considerando que el Estado debe proteger muchos bienes jurídicos, aún en contra de la voluntad de su titular, entre ellos la vida y la propia dignidad. En este punto, reiteramos /y concordamos), lo señalado por Manuel Atienza, en el sentido de que, algunos bienes jurídicos, como la propia dignidad, la libertad, la vida humana y demás derechos fundamentales, si bien tienen un portador o titular, esa titularidad no es exclusiva. No es como un bien mueble o inmueble, sobre el que su titular puede disponer e inclusive destruir o donar si así lo desea. Estos son bienes de todos y el Estado tiene obligación de protegerlos, lo cual no quiere decir que sea el Estado su titular, pero en tanto representa a la sociedad, es preciso que respete, proteja y promueva por su esencialidad. Así, es nulo el contrato, (por el interés público), que disponga de la dignidad de la persona aun cuando lo firme su titular, del mismo modo, el que disponga de su libertad, (esclavitud), o disponga la vida. De este modo, la intervención de su propio titular, como del Estado, en cada uno de estos bienes, solo puede ser limitable de manera excepcional, pero también el paternalismo ejercido con base a esa obligación, no puede llegar a extremos donde afecte de manera desproporcionada los derechos de la misma persona que protege. El Estado protege la libertad de las personas, pero somete a cárcel a quien afecte derechos ajenos, protege la vida de las personas, pero no podría tener desprecio del dolor **extremo** del portador de esa vida, al punto de impedirle acabar su dolor, acabando su vida.
168. Hemos observado en otra parte de esta resolución que, es muy escasa en nuestra jurisprudencia la casuística de este delito, de donde señalábamos que podrían surgir varias hipótesis; la primera que nunca o casi nunca se comete este delito, lo que significaría que el tipo penal es innecesario, pues no tiene sentido sancionar algo que no ocurre; otra hipótesis es que el tipo penal sea suficientemente disuasivo, lo cual es poco probable, pues en delitos cuyas penas son mucho mayores, la disuasión es irrelevante si existen incentivos contrarios. La tercera hipótesis es que existiría un número de delitos que no generan jurisprudencia formal, porque concluyen en las etapas básicas del proceso, como el principio de oportunidad, hipótesis que es más factible en tanto, la familia podría acceder fácilmente a un acuerdo de reparación civil y que la pena señalada para el delito lo permite, pero ello aparentemente es también poco frecuente, (Se corrobora de averiguaciones realizadas por el suscrito), finalmente, es más probable que exista un número no contabilizado de este delito, conocido como criptanasia o criptotanasia, que queda dentro de la familia o en las instalaciones de hospitales, lo cual podría ser más bien peligroso, pues no es posible probar si realmente existe una petición de la persona enferma o el pedido se da en situaciones en las que podría estar afectada la voluntad o la expresión de voluntad.
169. De lo expuesto podemos concluir que; a) La tipificación, técnicamente y principistamente, no es idónea, en tanto existe contradicción con otros derechos fundamentales; asimismo, la codificación precedente solo sancionaba esta figura cuando

el móvil era egoísta, lo que contradice la tendencia despenalizadora en la jurisprudencia internacional, sin que hubiera una motivación fáctica, (muchos casos o delitos) o teórica que, sostenga la medida; considerando que, al sancionar se ha sacrificado otros bienes jurídicos, (dignidad, autonomía), para proteger el bien jurídico vida, frente a la solicitud de su titular que se encuentra en una situación de salud extrema y dolorosa; consideraciones que permiten señalar que esta intervención no es del todo idónea.

170. Es preciso añadir además que, en cuanto a la idoneidad, el tipo penal es por demás impreciso; así, pone como sujeto pasivo a la persona al enfermo incurable, categoría discutible pues son incurables numerosas enfermedades no necesariamente mortales, (Hipertensión, diabetes, etc) que, asimismo, es una contradicción considerar sujeto pasivo a quien realiza una actividad, esto es, realizar la petición expresa y consciente, lo que lo convierte en sujeto activo/pasivo. Aún cuando el verbo rector del delito es *matar*, en la petición expresa, está implícito el acto *suicida*, que es matarse a sí mismo.
171. **Necesidad.** Este sub principio de necesidad, exige examinar si existe algún medio alternativo disponible que permita alcanzar la misma finalidad, en la misma medida, pero con una restricción menor para el derecho afectado. Nuevamente considerando el bien jurídico, vida, debe pensarse que el Estado tiene varias formas de intervención además de la legislación penal, esto es, en qué otra vía puede ser más razonable o menos perjudicial, su regulación, como ocurre en otros países, donde al suicidio asistido es legal, siempre que su ejecución se haga bajo mecanismos y garantías del propio Estado.
172. El Estado, en efecto tiene la obligación de proteger la vida de la persona, incluso contra la voluntad de su titular. Así, en el caso de las personas con depresión, que presentan riesgo suicida, debe acudirles con tratamientos preventivos, con un sistema de soporte y no es posible admitirse una petición de ellas.
173. Además de la despenalización de esta acción, encontramos que existen alternativas a la penalización, por medios no necesariamente disuasivos o de castigo; tales como un buen sistema de soporte médico de tratamiento paliativo del dolor, que aunada a la cultura social de respeto a la vida y temor de Dios, puede hacer que, muchos enfermos, inclusive en situación de solicitarlo, pueden estar dispuestos a soportar su agonía; de este modo, en caso de una despenalización legal, debería legislarse necesariamente junto con una normatividad que promueva el tratamiento paliativo, otra alternativa podría ser, una mayor limitación del tipo penal, esto es que solo se sancione el hecho ocurrido fuera del servicio de sanidad, es decir que esté prohibido hacerlo por cualquier persona a menos que sea un médico dentro de un establecimiento autorizado y con un protocolo adecuado.
174. De lo expuesto así, podemos decir que la sanción penal, además de ser poco eficiente, como señaláramos líneas atrás, existen alternativas a la ley penal para proteger la vida de la persona enferma aún en contra de su voluntad, (que debe darse en los casos de enfermedad mental, por ejemplo), antes que una medida extrema de sacrificio de otros bienes jurídicos igual o más importantes que la propia vida, dentro de nuestro sistema de derechos fundamentales.
175. **Proporcionalidad en sentido estricto.** Este último sub principio exige analizar los derechos y principios que han entrado en conflicto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor según las circunstancias específicas, y, por tanto, cuál de ellos prevalecerá sobre el otro y decidirá el caso.

176. La demanda ha fundamentado sus pretensiones en la afectación del derecho a la dignidad, primerísimo de los derechos considerados en nuestra constitución y en nuestro sistema jurídico en general, así como normas internacionales como la Carta Americana de Derechos Humanos en su artículo 11°, la Carta de la Organización de Naciones Unidas en su Preámbulo, la Declaración Universal de los Derechos el Hombre de 1948, entre muchas otras. Se han fundamentado asimismo derechos relacionados con la libertad o el libre desarrollo de la persona humana y la autonomía; frente a ello, el Código Penal tiene como bien jurídico protegido en el artículo 112° a la Vida de la persona humana, aún contra la voluntad de su titular.
177. La demandante sostiene así que, a partir los derechos enunciados, se puede construir la muerte digna, como un derecho con la categoría de *derecho fundamental*, exponiendo que, una vida biológica, sostenida más allá, no solo de la voluntad de su titular, sino de lo que humanamente es sostenida, como un goce, sino más bien con dolor, con tratos humillantes y crueles, a partir de una enfermedad incurable, discapacitante, degenerativa, progresiva e irreversible, es una vida en al que la dignidad, como derecho ha sido afectada, surgiendo con ello, la necesidad de hacer uso de su derecho a la autonomía y del libre desarrollo de la persona, para poner fin a ese sufrimiento, como un acto de control de su propia vida; lo que se configura como una muerte digna, por lo que solicita la declaración judicial de este derecho.
178. Bajo ese fundamento, expone que su especial situación no le permitiría, además hacer uso de su derecho por sí misma, esto es que no le sería posible poner fin a su vida, (mediante el suicidio), pues la enfermedad la ha postrado en una situación de dependencia que siendo progresiva, hará que se haga más dependiente todavía, al punto que necesitaría de la asistencia de un tercero, para ese acto final; empero, lo requerido está penado en nuestro sistema penal, lo que podría ser suficientemente disuasivo para no poder acceder a esa ayuda, además que, ella misma no quisiera que nadie resulte afectado en sus derechos, con la comisión de un delito; por lo que solicita la inaplicación del delito, a efectos de acceder a esa ayuda, cuando así lo considere, pues ello también sería parte de su derecho.
179. En el desarrollo de esta sentencia, hemos, tomado posición respecto de estos fundamentos y concretamente, respecto de la muerte digna. Sostenemos así que, en efecto, la dignidad es un derecho fundamental de primerísimo orden, reconocido también en casi todos los sistemas jurídicos del mundo y que, puede anteponerse al derecho a la vida inclusive, si se considera que el derecho a la vida humana tiene límites, establecidos en la propia ley, mientras que la dignidad, es un derecho que no debería tener límites aceptables en el derecho; sin embargo, no es posible sostener que uno sea excluyente del otro, pues la vida biológica es base para el nacimiento del derecho a la dignidad, aun cuando la dignidad pudiera extenderse hasta más allá de su existencia biológica. Asimismo, consideramos que la dignidad, como derecho, se ha tomado principalmente desde la óptica de la razón, sin embargo, este derecho, es tan inherente al ser humano que son tan dignos aquellos que poseen la razón, como aquellos que la han visto afectada, por alguna discapacidad; fundamento que es recogido por la Convención de los derechos de las personas con discapacidad; no sin reconocer que la razón, es la medida o referencia del uso del derecho a la dignidad, la autonomía, la libertad y muchos otros derechos, pues solo en el momento que se es consciente de todo ello, puede el ser humano hacer uso total y efectivo de estos derechos, pero que debe promoverse el uso y defensa de la autonomía, también de las personas con

discapacidad. Precisamos que, en el caso de Ana Estrada, debe considerarse su dignidad y su derecho, más allá del uso que pueda tener de ella, esto es que, seguirá siendo digna para todo efecto en nuestra sociedad y el Estado, más allá de su discapacidad y aún de la eventual pérdida de su raciocinio. Pero, en la medida que, su razón, es el referente o medida de sus derechos, debe reconocerse también su autonomía y su autopercepción de su dignidad, pues la dignidad, si bien es inherente a la persona; desde el derecho y desde el respeto de la sociedad; es también un bien que debe ser percibido por la propia persona que, debe ser dirigido por ella misma para que realmente exista. Así, la discapacidad y el sufrimiento por causa de la enfermedad y la discapacidad puede afectar el derecho a la dignidad, pero solo en su faz de la autopercepción, más no en la faz externa; por consiguiente; debe existir un espacio de disposición de su titular, en uso de su libertad fáctica y jurídica. El Estado, en el caso del suicidio, si bien tiene el deber de protección del bien jurídico; vida, aun en contra de la voluntad de su titular, sin embargo, no puede perseguir a su propio titular, en caso afecte su propia vida, por una cuestión puramente práctica, si logró su cometido, de morir; pero tampoco lo hace, ante el intento fallido de suicidarse; no solo por una cuestión de política criminal, sino porque debe respetar en ese extremo la autonomía de la persona humana y porque no hay afectación directa de bienes de terceros. En el caso de la muerte asistida, existiendo una causal distinta al suicidio puro, que es el principio de solidaridad con el dolor ajeno en casos extremos, como el que nos ocupa, esa libertad fáctica pasa a ser un derecho que permite la limitación de esa obligación de protección del Estado, un límite también a su legitimidad para perseguir el delito y una obligación de viabilizar, dentro de un sistema de garantías y atención prestacional.

180. Así, esta judicatura ha considerado que, existe un derecho a una vida digna y consecuentemente a una muerte digna; sin embargo, no puede considerarse un derecho fundamental. El suicidio, no es un derecho, es más bien una libertad fáctica. La muerte digna, es un derecho, es evidente que puede derivarse del propio derecho a la dignidad; pero, siendo un derecho derivado, que asimismo su nacimiento está supeditado al nacimiento de la vida misma, que no es un bien jurídico absolutamente disponible, que configurado como lo ha expuesto por la propia demandante y como lo entiende esta judicatura, tiene límites intrínsecos y que en gran parte de los casos, el Estado está obligado a proteger este derecho, pero no a promoverlo; debe considerarse que el derecho a la muerte digna, sin ser un derecho fundamental, da lugar a que exista una excepción legítima, de no punibilidad, bajo ciertas condiciones, de la protección estatal de la vida.
181. Así, bajo el análisis del sub principio de **proporcionalidad strictu sensu**, la muerte digna, no es una eutanasia pura, no es un derecho fundamental, en la medida de otros derechos, como la propia dignidad, la libertad, la vida, entre otros que son esenciales, inviolables, reconocidos universalmente y consagrados en el caso de nuestra Constitución de forma expresa o que pueden configurarse por su esencialidad. Un derecho fundamental debe ser **protegido y promovido** por el Estado. La muerte digna es un derecho derivado de la dignidad; derivado a su vez de la fase interna de autopercepción de la persona humana, a partir del uso de su decisión autónoma, como tal debe ser protegida, pero **no podría ser promovida**, en tanto que podría afectar la libertad de ejercerla, cuanto por que se genera un conflicto con su deber de proteger la vida. El derecho a la dignidad, debe entenderse desde su faz de no ser víctima de tratos crueles e inhumanos y del uso de su libertad, en situaciones en que la libertad física

puede estar afectada por la enfermedad, incurable, degenerativa, progresiva, en situación terminal, e irreversible, como la concreta situación que devendría del agravamiento progresivo de la condición de la beneficiaria de esta demanda, doña Ana Estrada Ugarte, situación que permitiría, considerar que la intervención del Estado mediante el tipo penal del artículo 112 del Código Penal es, en su caso, excesivo, no es proporcional al derecho que protege, pues afecta derechos fundamentales de esta persona, por lo que debería inaplicarse, siempre que sea el mismo Estado, el que garantice que no se suprimirá la obligación genérica de proteger la vida humana, por lo que deberá hacerse, siempre que se cumpla determinado protocolo para su determinación y ejecución.

182. Así, se tiene que el **sujeto activo** del delito de homicidio piadoso, regulado en el artículo 112° del Código Penal, es **cualquier persona** que mata a una persona, teniendo como móvil la compasión o piedad, de quien se lo solicita. Es preciso, empero, desagregar al sujeto activo, pues no es lo mismo que lo haga un familiar, que un tercero ajeno, un médico, ni que se haga en un contexto de eutanasia pura y menos de muerte digna. En el caso del médico que actúa en un contexto de ilegalidad, podría considerarse que la afectación es mayor, en tanto es garante de la salud y vida del sujeto activo/pasivo; el familiar podría tener intereses en conflicto y el tercero ajeno podría tener motivaciones distintas a la compasión.
183. Así, debe considerarse que, el acto realizado por cualquier persona, es ilegal, en tanto no garantiza la autenticidad y firmeza del pedido de la víctima, no se garantiza que exista un abuso, ni que se ejecute con un procedimiento no doloroso. De este modo, si el acto es ejecutado por *cualquier persona* la norma, aun cuando pudiera afectar el derecho de la persona enferma, podría seguir siendo constitucional, pues garantiza que no se abuse ni que exista un móvil egoísta.
184. Por el contrario; si se acredita, de manera previa y mediante un mecanismo o protocolo legal que garantice, la firmeza y autenticidad del pedido del sujeto activo/pasivo, debe considerarse que se acredita el derecho de este. Asimismo, si quien ejecuta actúa se ejecuta lo hace bajo la autoridad y control institucional y es además un profesional médico o un equipo médico, debe considerarse que se garantiza la ausencia de un móvil egoísta y la aplicación de la decisión de *muerte digna*, de manera que no sea dolorosa, (o que sea lo menos dolorosa y menos prolongada posible), a fin de que no afecte física ni psicológicamente, así como que se respete la dignidad del sujeto activo/pasivo y de su familia. En este último caso y solo en este caso, podría considerarse que la muerte digna es constitucional y por tanto, es procedente y fundada la inaplicación de la norma penal.

Pretensiones subordinadas.

185. La demandante ha solicitado en el punto "C" de sus pretensiones que, se ordene al MINSA y EsSalud, respetar su decisión de poner fin a su vida a través del procedimiento técnico de la eutanasia; mediante la acción de un médico de suministrar de manera directa (oral o intravenosa), de un fármaco destinado poner fin a su vida, u otra intervención médica destinada a tal fin. En consecuencia se disponga a EsSalud, conformar de manera inmediata una Junta Médica interdisciplinaria que deberá iniciar sus funciones dentro de los 7 días siguientes de consentida la resolución judicial, para:
- a) La elaboración de un plan que se aplicará en la fecha que la Señora Ana Estrada decida el cumplimiento de su muerte en condiciones dignas, a través de la eutanasia; lo que implica el tipo de procedimiento, el proceso de acompañamiento a la paciente y a su

familia, antes y después del acto final, b) Un protocolo de ejecución del procedimiento de ejecución propiamente dicho que especifique los aspectos asistenciales y técnicos de la decisión tomada y la designación de los profesionales médicos que se encargaran de la ejecución de la eutanasia, c) Brindar condiciones administrativas, prestacionales y sanitarias para el ejercicio del mismo acto.

Este plan y protocolo, deberá ser aprobado por otra Comisión Interdisciplinaria del MINSA.

Respecto de estos puntos, habiéndose considerado que el procedimiento de Muerte digna, es un derecho; genera una excepción legítima, bajo ciertas condiciones, de la protección estatal de la vida y que el artículo 112 del Código Penal, en efecto, afecta derechos fundamentales, tal como está fundamentado; en consecuencia, es razonable que se estime la pretensión. Asimismo, se tiene presente que EsSalud es la institución que está obligada a otorgar el servicio prestacional de salud a la asegurada Ana Estrada Ugarte, cumple con los requisitos de **institucionalidad** necesarios para excluir la posibilidad de un móvil egoísta y puede conformar médicos que cumplan tal finalidad. Asimismo, debe considerarse que, si bien la institución puede designar médicos para actos médicos comunes, siendo este uno de carácter especial, es preciso que la aceptación del médico o médicos, no tenga el carácter obligatorio, que los nombres de los mismos sean reservados, tanto de quienes lo acepten como de quienes lo rechacen, salvo que los propios médicos que decidan aceptar lo autoricen.

Asimismo, se tiene claro que, el Ministerio de Salud es el órgano estatal que tiene a su cargo la protección de la salud y la vida de los ciudadanos, así como de las políticas generales; por esta razón, es la instancia que dirige, aprueba o elabora directivas, políticas y planes sectoriales y específicos; como así lo ha señalado la Procuraduría, por lo que es esta la institución que debe aprobar el plan y protocolo de cumplimiento de los derechos de la ciudadana Ana Estrada Ugarte. La Procuraduría ha señalado, sin embargo que, no existiendo una ley que señale la legalidad del procedimiento de eutanasia, no podría elaborar planes, directivas u otros documentos; empero, esta judicatura ha sustentado que, de acuerdo a la interpretación de la Constitución y demás derechos fundamentales invocados, existe la necesidad de inaplicación excepcional del artículo 112° del Código Penal, para que no se afecten derechos fundamentales de la ciudadana y se cumpla con su derecho en particular y, que existe el derecho de la misma a que pueda ejercer este acto en uso de su autonomía; en consecuencia, tanto el Ministerio de Salud, como EsSalud, están obligadas a cumplir con sus propios fines y con el derecho de los ciudadanos y sus pacientes, siendo que es elemento central del derecho a la dignidad, el no ser sometido a tratos crueles e inhumanos, aspecto que ha sido acogido en esta sentencia, para interpretar la existencia tanto del derecho de la ciudadana, como la necesidad de su cumplimiento por medio de sus instituciones.

Por estos fundamentos, el 11° Juzgado Constitucional de Lima, con sub especialidad en asuntos tributarios, aduaneros e Indecopi; con las facultades conferidas en la Constitución Política del Perú, RESUELVE:

Declarar **FUNDADA EN PARTE LA DEMANDA** interpuesta por la Defensoría del Pueblo, en beneficio de doña Ana Estrada Ugarte, contra el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Salud y el Seguro Social de Salud del Perú, EsSalud, al considerarse afectados los derechos a la dignidad, autonomía, libre desarrollo de su personalidad y de

la amenaza de no sufrir tratos crueles e inhumanos. En consecuencia, consentida que sea la sentencia; se dispone que:

1. Se inaplique el artículo 112° del Código Penal vigente, para el caso de doña Ana Estrada Ugarte; por lo que los sujetos activos, no podrán ser procesados, siempre que los actos tendientes a su muerte en condiciones dignas, se practiquen de manera institucional y sujeta al control de su legalidad, en el tiempo y oportunidad que lo especifique; en tanto ella, no puede hacerlo por sí misma
2. Se ordene al Ministerio de Salud y a EsSalud, a) respetar la decisión de doña Ana Estrada Ugarte, de poner fin a su vida a través del procedimiento técnico de la eutanasia; mediante la acción de un médico de suministrar de manera directa (oral o intravenosa), un fármaco destinado a poner fin a su vida, u otra intervención médica destinada a tal fin; b) Ambas instituciones independientemente, deberán conformar sendas Comisiones Médicas interdisciplinarias, con reserva de la identidad de los médicos y con respeto de su objeción de conciencia, si fuere el caso, en un plazo de 07 días; precisándose que; EsSalud deberá formar dos Comisiones, siendo que la primera tendrá la finalidad de elaborar un plan que especifique los aspectos asistenciales y técnicos de la decisión tomada y un protocolo de cumplimiento de su derecho a la muerte digna y otra Comisión que cumpla con practicar la eutanasia propiamente dicha. El Ministerio de Salud formará una Comisión para que apruebe el plan que especifique los aspectos asistenciales y técnicos, elaborados por la Comisión de EsSalud.
3. EsSalud deberá brindar todas las condiciones administrativas, prestacionales y sanitarias para el ejercicio del derecho a la muerte en condiciones dignas de la Sra. Ana Estrada Ugarte a través del procedimiento de la eutanasia, lo que deberá ejecutarse dentro de los diez días hábiles contados a partir del momento o fecha en que ella manifieste su voluntad de poner fin a su vida.
4. La Comisión Médica Interdisciplinaria de EsSalud, que elabore el plan y el protocolo, deberá presentar con su informe, en el plazo de 30 días después de su formalización, ante la Comisión Médica del Ministerio de Salud, la que procederá a su aprobación, en el plazo de 15 días. En caso de desaprobación, deberá otorgar un plazo adicional de 15 días y cumplido que sea el plazo, volverá a someterse a revisión de la Comisión del Ministerio de Salud. En caso de no satisfacer el segundo informe, solo podrá integrarla, o corregirla, pero no podrá volver a desaprobala ni anularla. Con lo resuelto por la Comisión del Ministerio de Salud, deberá informarse al Juzgado de su cumplimiento.
5. Se declara IMPROCEDENTE, la pretensión de que se ordene al Ministerio de Salud que cumpla con emitir una Directiva que regule el procedimiento médico para la aplicación de la eutanasia para situaciones similares a las de la Sra. Ana Estrada Ugarte, del derecho fundamental a la muerte en condiciones dignas y derechos conexos.
6. Notifíquese.



Jurado Nacional de Elecciones
Registro de Organizaciones Políticas

Resolución 0224-2011-ROP/JNE

Lima, 28 de noviembre de 2011.

VISTA, la solicitud presentada por el ciudadano Carlos Alfonso Gamero Quispe, personero legal titular del Partido Político en vías de inscripción "POR AMNISTÍA Y DERECHOS FUNDAMENTALES", cuyas siglas son "MOVADEF".

ANTECEDENTES

Mediante solicitud presentada el 29 de marzo de 2011, el ciudadano Carlos Alfonso Gamero Quispe, personero legal titular del Partido Político en vías de inscripción "POR AMNISTÍA Y DERECHOS FUNDAMENTALES", cuyas siglas son "MOVADEF" solicitó la inscripción de dicha organización política ante este Registro del Jurado Nacional de Elecciones.

Mediante Oficio N° 2300-2011-SG/ONPE notificado el 22 de noviembre de 2011, la Secretaría General de la Oficina Nacional de Procesos Electorales - ONPE, informó que de un total de 353,371 firmas presentadas se declararon válidas 164,667 firmas, cantidad que supera las 164,664 firmas de adherentes necesarias para continuar con el trámite de inscripción de un partido político ante este Registro conforme a lo establecido en el literal b) del artículo 5° de la Ley de Partidos Políticos, Ley N° 28094 y en la Resolución N° 0662-2011-JNE emitida el 25 de julio de 2011 por el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones.

En este sentido, este órgano registral se encuentra habilitado para proceder con la calificación de la solicitud de inscripción presentada por el partido político en vías de inscripción "POR AMNISTÍA Y DERECHOS FUNDAMENTALES" - en adelante, MOVADEF- de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14° del Reglamento del Registro de Organizaciones Políticas, aprobado mediante Resolución N° 120-2008-JNE, el cual señala que este Registro formula observación a la solicitud de inscripción en caso detecte defectos formales subsanables; de lo contrario, de encontrar defectos no subsanables, este rechazará la referida solicitud.

CALIFICACIÓN DE LA SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN

Normativa aplicable al caso concreto

La Constitución Política del Perú, en el artículo 1° consagra la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como el fin supremo de la sociedad peruana. Bajo esa línea, la Ley de Partidos Políticos, Ley N° 28094, en el segundo párrafo del artículo 1° dispone que los partidos políticos son asociaciones de ciudadanos que constituyen personas jurídicas de derecho privado cuyo objeto es participar por medios lícitos, democráticamente, en los asuntos públicos del país dentro del marco de la Constitución Política del Estado y de la citada ley.

Bajo este marco normativo rector, se debe resaltar y extraer principalmente que los partidos políticos se constituyen para participar en los asuntos públicos del país a través de medios lícitos y dentro del marco constitucional y el de la Ley de Partidos Políticos.

En relación con ello, el artículo 2° de la Ley de Partidos Políticos enuncia algunos fines y objetivos de los partidos políticos, haciendo expresa mención que no se trata de un numerus clausus y que, en todo caso, tales fines y objetivos deben encontrarse dentro del marco



Jurado Nacional de Elecciones
Registro de Organizaciones Políticas

Resolución 0224-2011-ROP/JNE

establecido por la mencionada ley.

En tal sentido, la referida ley electoral ampara como fines y objetivos de los partidos políticos, entre otros, los de:

- a) Asegurar la vigencia y defensa del sistema democrático.
- b) Contribuir a preservar la paz, la libertad y la vigencia de los derechos humanos consagrados por la legislación peruana y los tratados internacionales a los que se adhiere el Estado.
- c) Formular sus idearios, planes y programas que reflejen sus propuestas para el desarrollo nacional, de acuerdo a su visión del país.
(...)
- e) Contribuir a la educación y participación política de la población, con el objeto de forjar una cultura cívica y democrática.
(...)
- g) Contribuir a la gobernabilidad del país."

Acogimiento en el Ideario, el Estatuto y en el Acta de Fundación del "Pensamiento Gonzalo"

En la sección "Introducción" del documento titulado Algunas cuestiones doctrinarias "Ideario" presentado en forma adjunta a su solicitud de inscripción, MOVAREF se autodefine como "un organismo político con carácter de frente único que se guía por el marxismo-leninismo-maoísmo, pensamiento gonzalo...". Asimismo, en el acápite I del mencionado documento destinado a enunciar sus principios, MOVAREF enuncia como uno de ellos, el siguiente: "Se adhiere o se guía, según acuerdo, por el marxismo-leninismo-maoísmo, pensamiento gonzalo".

En esa misma línea, el Estatuto de MOVAREF en el Título I "Identificación y Conformación del Movimiento Político", Capítulo I "Denominación, Visión y Declaración de Principios", artículo 1, segundo párrafo, reitera que este partido político en vías de inscripción se trata de "un organismo político con carácter de frente único que se guía por el marxismo-leninismo-maoísmo, pensamiento gonzalo". Esto último, también es amparado en el artículo 3, numeral 2, del Capítulo II "De los Principios, Objetivos e Integrantes".

La aprobación unánime del principio según el cual MOVAREF "se guía (...) por el marxismo-leninismo-maoísmo, pensamiento gonzalo", consta en la copia legalizada del Acta de Fundación de la Organización Política denominada "Por Amnistía y Derechos Fundamentales" de fecha 20 de noviembre de 2009.

En consecuencia, de la revisión del Ideario, del Estatuto y del Acta de Fundación de MOVAREF se lee que esta organización política en vías de inscripción tiene como uno de sus principios el guiarse por el "Pensamiento Gonzalo".

Alcances de suscribir el "Pensamiento Gonzalo"

El Informe Final de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación - CVR, señala que el "Pensamiento Gonzalo" no es más que "la línea y estrategia del PCP - SL", debiendo entenderse tales siglas como referidas al Partido Comunista Peruano - Sendero Luminoso. Asimismo, Carlos Iván Degregori señala que el marxismo-leninismo-maoísmo, desarrollado



Resolución 0224-2011-ROP/JNE

por el pensamiento Gonzalo es para Sendero Luminoso "la clave para el progreso ininterrumpido: la única y verdadera ciencia" que posee y erige a sus integrantes en el vértice de una nueva pirámide social.

Hasta este punto, se puede advertir que el principio adoptado por MOVAREDEF, llámese "Pensamiento Gonzalo", coincide con aquel que también sirvió de guía para el Partido Comunista Peruano - Sendero Luminoso.

En segundo término, a efectos del presente pronunciamiento, se debe resaltar el carácter violento que necesariamente implica dicha línea y estrategia denominada "Pensamiento Gonzalo" seguida por Sendero Luminoso. La violencia utilizada y la militarización del PCP - SL, son consideradas por la CVR como uno de los fundamentos ideológicos que resultan indispensables para comprender el tipo de proyecto que desarrolló SL. La necesidad de recurrir a la violencia de acuerdo a la línea estratégica guiada por Abimael Guzmán, se desprende desde los orígenes del PCP - SL en cuanto, en ese entonces, PCP resolvió escindirse y Abimael Guzmán se alineó con el PCP- Bandera Roja, grupo de partidos maoístas que forman parte de aquéllos que reafirmaron la inevitabilidad de la lucha armada, aunque después Guzmán formara en Ayacucho su propia "fracción roja" -que más adelante se convertiría en PCP - SL, conforme lo describe la CVR.

Este rol gravitante de la violencia en SL, también lo recoge Carlos Iván Degregori, en su obra "El Surgimiento de Sendero Luminoso: Ayacucho 1969-1979" y en atención a este, se colige que el "Pensamiento Gonzalo", en adelante PG, no se puede entender desvinculado de su desarrollo práctico ni puede recluirse únicamente a una línea ideológica.

Por su parte, Manuel Jesús Granados cuando desarrolla el esquema ideológico del PG extraído del documento divulgado a principios de 1988 denominado "Bases de Discusión", indica que al interior de este esquema se encuentra una línea militar compuesta por una estrategia y tácticas militares diseñadas por Abimael Guzmán Reynoso.

Esta vinculación estrecha entre el PG y la violencia también ha sido recogida por Manuel Jesús Granados cuando señala lo siguiente:

"En el Perú, dicen, la aplicación del marxismo-leninismo-maoísmo a las condiciones concretas de la revolución peruana, ha generado el Pensamiento Gonzalo. En esta óptica, tiene sentido afirmar que todas las acciones efectuadas por el PCP SL (desde atentados a los bancos, locales públicos y privados, torres eléctricas, puentes, maquinarias industriales, fábricas; hasta los aniquilamientos de los policías, soldados, autoridades gubernamentales y campesinos), responden a una estrategia diseñada por dicho pensamiento. Nada parece estar suelto."

De la conjunción de las definiciones y comentarios anotados en los párrafos precedentes, que pertenecen a la CVR y otros autores, tenemos que el "Pensamiento Gonzalo" guarda estrecha vinculación con la actividad que se puso en práctica en la década de los ochentas por parte del PCP - SL y que fue dirigida de forma mediata por parte del propio Abimael Guzmán Reynoso, a quien debe su denominación en mérito a su "nombre de guerra" de Presidente Gonzalo.

Tal actividad también se encuentra descrita en el "Informe Final" de la CVR, en el que ésta indica que el PCP- SL "es una organización subversiva y terrorista, que en mayo de 1980 desencadenó un conflicto armado contra del Estado y la sociedad peruana(...) cometió gravísimos crímenes que constituyen delitos de lesa humanidad y (...) estima que la cifra total



Jurado Nacional de Elecciones
Registro de Organizaciones Políticas

Resolución 0224-2011-ROP/JNE

de víctimas fatales provocadas (...) asciende a 31,331 personas”.

La actividad descrita en el párrafo precedente fue sancionada mediante sentencia emitida el 13 de octubre de 2006 por la Sala Penal Nacional que condenó a Manuel Rubén Abimael Guzmán Reynoso por la comisión del delito de Terrorismo en su modalidad de Terrorismo agravado en agravio del Estado y como autor del delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud- Homicidio Calificado en agravio de un grupo de ciudadanos .

A partir de las fuentes doctrinarias, judiciales y de la CVR citadas y comentadas precedentemente, se puede advertir que la adopción del PG implica una acción violenta y no solo una línea ideológica y que el resultado de su aplicación ya fue materia de sanción por parte del órgano jurisdiccional.

Por tanto, tenemos que la suscripción o acogimiento del PG, principio guía de MOVADef, implica necesariamente la realización de una conducta que en el pasado puso en práctica el PCP - SL, la cual consistió en actos de violencia calificados como terrorismo y delitos de lesa humanidad, que de plano, atentan contra el sistema democrático y el fin supremo de la Nación: la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, consagrado en el artículo 1 de la Constitución Política del Estado.

La incidencia de un defecto no subsanable

El artículo 14° del Reglamento del Registro de Organizaciones Políticas, aprobado mediante Resolución N° 120-2008-JNE, dispone que una vez recibida la acreditación del organismo electoral competente, en donde se informe que la organización política ha superado el número mínimo de adherentes, la Oficina del Registro de Organizaciones Políticas -hoy denominado, Registro de Organizaciones Políticas- procede a calificar la solicitud de inscripción en mérito a los documentos que la acompañan, dentro de un plazo de cinco días hábiles y, en caso, detecte defectos formales subsanables en la solicitud de inscripción formula observación a la misma; de lo contrario, de encontrar defectos no subsanables, rechaza dicha solicitud.

En el marco normativo señalado en un acápite anterior se refirió que la Ley de Partidos Políticos, Ley N° 28094, ampara como fines y objetivos de los partidos políticos, entre otros, los de:

- “a) Asegurar la vigencia y defensa del sistema democrático.
- b) Contribuir a preservar la paz, la libertad y la vigencia de los derechos humanos consagrados por la legislación peruana y los tratados internacionales a los que se adhiere el Estado.
- c) Formular sus idearios, planes y programas que reflejen sus propuestas para el desarrollo nacional, de acuerdo a su visión del país.
(...)
- e) Contribuir a la educación y participación política de la población, con el objeto de forjar una cultura cívica y democrática.
(...)
- g) Contribuir a la gobernabilidad del país.”

Tal como se concluyó en el acápite precedente, la suscripción por parte de MOVADef del pensamiento gonzalo como uno de sus principios implica necesariamente la realización de actos de violencia, en el pasado calificados como terrorismo y delitos de lesa humanidad, los



Resolución 0224-2011-ROP/JNE

cuales lejos de estar orientados a reafirmar el sistema democrático existente, a la preservación de la paz, la vigencia de los derechos humanos, al desarrollo nacional, al robustecimiento de una cultura cívica y democrática y contribuir a la gobernabilidad del país; se encuentran en contraposición con el fin supremo de la nación establecido en nuestra Carta Magna y con lo estipulado en el artículo 1 de la Ley de Partidos Políticos.

Por ende, la adopción por parte de MOVADef del pensamiento gonzalo como principio guía en su acta de fundación y en su Estatuto genera que esta organización política en vías de inscripción se regule por fines y objetivos que no se enmarcan dentro de lo estipulado en la Constitución Política del Perú, el artículo 1 de la Ley de Partidos Políticos y los literales a), b), c), e) y g) del artículo 2° de la Ley de Partidos Políticos, Ley N° 28094.

Esta contraposición legal y constitucional en que incurre un principio integrante del Ideario de una organización política que pretende su inscripción ante este Registro debe considerarse como un defecto no subsanable, puesto que es un elemento esencial de la misma que sirve de fundamento para su fundación u origen.

Es importante precisar, que aceptar lo contrario, es decir que la adopción de dicho principio devendría tan solo en un defecto subsanable y en consecuencia que la solicitud de inscripción fuera tan solo materia de observación por parte de este Registro, supondría afirmar que la sola modificación o eliminación de dicho principio por parte de sus dirigentes en el documento constitutivo de MOVADef, Estatuto e Ideario, bastaría para reconducir los lineamientos constitutivos de dicha organización política e incorporarlos al marco legal. Situación ésta ilógica e incoherente, pues conllevaría la alteración del grupo dirigencial de los elementos esenciales de una organización política, bajo cuyo reconocimiento concedieron su firma los adherentes que suscribieron los planillones, así como aquellas personas que suscribieron las actas de constitución de los comités provinciales presentados expresando su adhesión al acta de fundación de la organización política, la que cuenta, como se ha señalado anteriormente, con el acogimiento del pensamiento gonzalo como uno de los principios.

Ello además produciría la legitimación por parte de este Registro de no solo la superposición de la voluntad de los dirigentes a la de los ciudadanos que suscribieron los planillones y se afiliaron a comités provinciales, sino la variación de la voluntad de estos dos últimos grupos al permitir la modificación de los parámetros bases que incentivaron su actuar.

Conclusión

Este Registro ha calificado de manera integral la solicitud de inscripción del partido político "POR AMNISTÍA Y DERECHOS FUNDAMENTALES" y si bien verificó que contenía defectos subsanables; también es cierto que en la presente se ha cotejado la existencia de un defecto no subsanable en la misma, por lo que corresponde proceder de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14° del Reglamento del Registro de Organizaciones Políticas, aprobado mediante Resolución N° 120-2008-JNE.

En tal sentido, habiendo determinado que la solicitud de inscripción adolece de un defecto no subsanable consistente en que dicha organización política se define como un organismo que adopta un principio -marxismo-leninismo-maoísmo, pensamiento gonzalo- cuyo seguimiento implica actos violentos contrarios a la Constitución Política del Estado, resulta evidente que sus fines y objetivos no se enmarcan dentro de lo estipulado en la Constitución Política del Perú, el artículo 1 de la Ley de Partidos Políticos y los literales a), b), c), e) y g) del artículo 2°



Jurado Nacional de Elecciones
Registro de Organizaciones Políticas

Resolución 0224-2011-ROP/JNE

de la Ley de Partidos Políticos, Ley N° 28094, por lo que corresponde rechazar liminarmente dicha solicitud.

Estando a las consideraciones expuestas y de conformidad con las funciones conferidas por Ley al Registro de Organizaciones Políticas del Jurado Nacional de Elecciones

SE RESUELVE:

Artículo primero.- Denegar la solicitud de inscripción de la organización política "POR AMNISTÍA Y DERECHOS FUNDAMENTALES", cuyas siglas son "MOVADEF", presentada con fecha 29 de marzo de 2011.

Artículo segundo.- Disponer la notificación de la presente Resolución al interesado.

Regístrese y notifíquese.

DRA. LOURDES MUNGUÍA ESTRELLA

Directora de Registro de Organizaciones Políticas